



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Dipartimento di Scienze Giuridiche

QUADERNI DEL DIPARTIMENTO

66

2007

COPIA OMAGGIO
vietata la riproduzione
e la vendita

La pubblicazione è cofinanziata dalla Regione Autonoma Trentino-Alto Adige e dalla Commissione europea - Direzione generale della concorrenza - Grant Agreement nr. Si2.453541

Le informazioni contenute direttamente o indirettamente nel Volume non esprimono le opinioni della Commissione Europea.
La responsabilità delle informazioni riportate è imputabile esclusivamente agli Autori; la Commissione Europea non è responsabile dell'uso che può essere fatto delle informazioni contenute nel Volume.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© *Copyright 2007*
by Università degli Studi di Trento
Via Belenzani 12 - 38100 Trento

ISBN 978-88-8443-194-3
ISSN 1972-1137

A norma della legge sul diritto d'autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms o altro

Stampato in Italia - Printed in Italy
Giugno 2007

Litotipografia Alcione S.r.l. - Lavis (Trento)

IL PRIVATE ENFORCEMENT DEL DIRITTO
COMUNITARIO DELLA CONCORRENZA:
RUOLO E COMPETENZE DEI GIUDICI NAZIONALI

Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di
Giurisprudenza di Trento, 15-16 giugno 2007

a cura di

GIAN ANTONIO BENACCHIO e MICHELE CARPAGNANO

PRESENTAZIONE DEL VOLUME

Attraverso la modernizzazione del diritto comunitario della concorrenza l'Unione europea ha affidato ai giudici nazionali un ruolo di primissimo piano per garantire l'effettività delle regole *antitrust* nel mercato comune.

A seguito della completa decentralizzazione dell'applicazione delle regole del Trattato (articoli 81 ed 82 CE), i giudici nazionali, nel risolvere le controversie tra privati, devono tutelare, applicando direttamente le regole comunitarie, i diritti attribuiti dal Trattato ai singoli operatori economici ed ai consumatori. Comprendere la struttura del mercato concorrenziale, conoscere approfonditamente la normativa (sostanziale e procedurale) comunitaria, oltre che i recenti orientamenti della Commissione europea e della giurisprudenza delle Corti comunitarie in materia di accordi restrittivi della concorrenza e di abuso di posizione dominante, diventano dunque qualità essenziali per ogni giudice nazionale.

Al fine di promuovere la conoscenza del diritto *antitrust* comunitario tra i giudici italiani, la Commissione europea¹ e la Regione Autonoma Trentino-Alto Adige hanno co-finanziato il *Convegno di studio sul Private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali*, che si è tenuto a Trento gli scorsi 15 e 16 giugno 2007.

Il Convegno, organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche e dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli

¹ *Grant Agreement N. SI2.453541*. Le informazioni contenute direttamente o indirettamente nel Volume non esprimono le opinioni della Commissione europea. La responsabilità delle informazioni riportate è imputabile esclusivamente agli Autori; la Commissione europea non è responsabile dell'uso che può essere fatto delle informazioni contenute nel Volume.

G.A. BENACCHIO - M. CARPAGNANO

Studi di Trento con la collaborazione del Consiglio Superiore della Magistratura, Ufficio per la Formazione decentrata dei Magistrati per il distretto di Trento, ha visto la partecipazione di numerosi giudici nazionali togati ed onorari nonché di alcuni tra i più riconosciuti esperti della materia che si sono confrontati su alcune delle tematiche più controverse dell'applicazione giudiziale delle regole comunitarie di concorrenza.

Trento, 18 giugno 2007

Gian Antonio Benacchio, Michele Carpagnano

INDICE-SOMMARIO

| | | |
|---|------|-----|
| GIAN ANTONIO BENACCHIO | | |
| Presentazione del Convegno di Studio | Pag. | 1 |
| ANNA MANTOVANI | | |
| Indirizzi di saluto | » | 9 |
| GABRIELLA ROMANO | | |
| Rapporti tra giudici nazionali, Commissione e AGCM | » | 13 |
| SIMONE GAMBUTO | | |
| L'illecito antitrust comunitario: struttura - - fondamento giuridico-economico dell'art. 81 CE..... | » | 51 |
| ALDO FRIGNANI | | |
| L'illecito antitrust comunitario: struttura - - fondamento giuridico-economico dell'art. 82 CE..... | » | 71 |
| ROBERTO PARDOLESI | | |
| La quantificazione del danno antitrust..... | » | 101 |
| MASSIMO SCUFFI | | |
| I rapporti tra la disciplina antitrust ed i diritti di proprietà intellettuale: problematiche processuali e sostanziali | » | 129 |
| MICHELE CARPAGNANO | | |
| Private enforcement delle regole di concorrenza: analisi comparata della giurisprudenza comunitaria e nazionale..... | » | 185 |
| Gli Autori | » | 217 |

PRESENTAZIONE DEL CONVEGNO DI STUDIO

Gian Antonio Benacchio

Prima di dare la parola ai relatori vorrei fare qualche considerazione introduttiva agli argomenti che saranno oggetto del seminario di queste due giornate.

Innanzitutto credo sia necessario chiedersi quali siano le ragioni, oggi, di un seminario che abbia per oggetto l'applicazione delle regole comunitarie in materia di concorrenza e in particolare degli art. 81 e 82 del Trattato CE e che si rivolga a giudici nazionali, di qualunque grado, dai Giudici di pace ai giudici delle Corti d'appello.

In realtà non dobbiamo dimenticare che non è affatto una novità che gli articoli 81 e 82 del Trattato CE debbano essere direttamente applicati da qualunque giurisdizione nazionale. È sempre stato così e lo ha sempre detto la Corte di giustizia, già negli anni '60 e '70, a partire dalla sentenza *Van Gend & Loos* del 1963 e successive. Lo ha detto, in quell'occasione, a proposito delle norme del Trattato, ma poi lo ha ribadito a proposito delle norme dei Regolamenti e, più tardi ancora, a proposito delle norme delle direttive sufficientemente precise e incondizionate.

Quindi non è una novità che gli art. 81 e 82 Trattato CE debbano essere applicati direttamente da tutti i Giudici nazionali (vedi, proprio a proposito dell'applicazione diretta di queste due norme, le sentenze *Sabam* 1974, *Delimitis* 1991 e *Masterfood* 2000).

Recentemente, però, è accaduto qualcosa di estremamente importante, qualcosa che ha segnato in modo profondo l'evoluzione del diritto comunitario e nazionale della concorrenza.

Mi riferisco al Regolamento 1/2003, che oltre ad avere scosso le coscienze di molti, ha proposto una visione tutta nuova al

diritto della concorrenza, ha offerto spunti di riflessione, ha messo in discussione l'autonomia non solo delle Autorità garanti nazionali ma, in una certa misura, anche quella delle giurisdizioni nazionali.

Il Regolamento 1/2003 ha rimescolato le funzioni, i ruoli e le competenze delle autorità amministrative e giurisdizionali nazionali. Esso non si è limitato a dare un nuovo impulso all'applicazione "effettiva" e più "efficace" delle regole sulla concorrenza, ma ha contribuito a creare un interesse e un approccio alla materia totalmente diversi da quelli che avevano caratterizzato l'azione della dottrina e dei giudici nazionali fino ad oggi.

Il Regolamento 1/2003 non ha contribuito solo a rafforzare l'idea che le giurisdizioni nazionali, le autorità garanti nazionali, la Commissione europea e la Corte di giustizia debbano – tutte insieme – cooperare e coordinarsi maggiormente per applicare le regole comunitarie in materia di concorrenza; esso ha rimesso in discussione anche quella divisione, dai confini sempre estremamente incerti, tra diritto antitrust nazionale e diritto antitrust comunitario, fonte di numerosi problemi risolti, in parte, vuoi con la teoria della "barriera doppia", vuoi con quella della "barriera unica" vuoi ancora con teorie intermedie.

Ma, soprattutto, ciò che di nuovo incontriamo nel Regolamento 1/2003 è il rafforzamento del c.d. *private enforcement*. Mentre con l'espressione *public enforcement* ci si riferisce a tutti quelli interventi a carattere amministrativo effettuati dalla Commissione e dalle Autorità garanti nazionali (vedi art. 5 Reg. 1/2003), diretti a reprimere le condotte anticoncorrenziali contrarie agli articoli 81 e 82 (e, per la parte nazionale, contrarie alle norme della legge 287/90), con l'espressione *private enforcement* ci si riferisce alla tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi dei singoli, siano essi imprese o privati cittadini, che si esplica mediante il risarcimento del danno. Tale risarcimento è volto a tutelare sia le

imprese concorrenti che hanno subito un danno in conseguenza del fatto che il mercato viene falsato e la concorrenza viene distorta, sia i cittadini-consumatori per i danni che hanno dovuto subire, ad esempio, per avere stipulato un contratto economicamente svantaggioso in conseguenza, a sua volta, di un accordo “a monte” tra le imprese del settore, accordo concluso in violazione delle norme sulla concorrenza e tendente a trarre illecitamente un maggior profitto dalla contrattazione con i cittadini-consumatori.

Lo sviluppo del *private enforcement* a livello normativo comunitario è andato di pari passo con lo sviluppo, sempre a livello comunitario, della giurisprudenza. Ricordo a questo proposito che la Corte di giustizia ha già affermato il principio della risarcibilità del danno antitrust a favore di chiunque provi di essere stato danneggiato da un comportamento contrario alle regole comunitarie sulla concorrenza, prima con il noto caso *Courage*, del 2001 e poi con l'altrettanto noto caso *Manfredi*, del 2006, a proposito del cartello tra Compagnie assicuratrici.

Alla base di questo orientamento della Corte di Lussemburgo sta la considerazione, che troviamo testualmente nella sentenza *Courage*, secondo la quale la piena efficacia dell'articolo 81 del Trattato e, soprattutto, l'effetto utile del divieto sancito all'articolo 81, c. 1, CE, sarebbe messo in discussione “se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza”.

Il risarcimento del danno, quindi, è considerato come un elemento che consolida e rende più efficace la lotta contro i comportamenti anticoncorrenziali.

In occasione di questo seminario noi ci occuperemo proprio del *private enforcement* e, in particolare, ci occuperemo di quelle che sono le competenze dei Giudici nazionali quando si trovano di fronte

ad una domanda, presentata da un cittadino o da un'impresa, nella quale essi chiedono di essere risarciti nel danno causato dalla violazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE.

I problemi relativi al *private enforcement*, tuttavia, sono molteplici: a quale giudice ci si può rivolgere? Quali sono i criteri per stabilire se c'è stato o meno un danno? Quali sono i comportamenti anticoncorrenziali che possono causare un danno a terzi? Con quali criteri il danno deve essere quantificato? Quali sono le modalità di attuazione del diritto al risarcimento? Quali danni sono risarcibili? Quali sono i termini di prescrizione? Questi sono solo alcuni dei numerosi quesiti che il giudice si pone quando deve applicare le regole comunitarie sulla concorrenza; manca – e lo dice la stessa Corte di giustizia – a livello comunitario una norma uniforme che stabilisca le competenze e le modalità procedurali; in mancanza di una norma comunitaria, uniforme, spetta dunque ad ogni Stato stabilire le proprie regole.

A questo proposito, la sentenza della Corte di giustizia nel caso *Courage* del 2001, rafforzata da una successiva sentenza della medesima Corte del 2006 (caso *Manfredi*), indica due principi fondamentali sia per quanto riguarda le *modalità procedurali dei ricorsi*, sia per quanto riguarda i *Giudici competenti*: il *principio di equivalenza* e il *principio di effettività*.

Tali principi si possono così riassumere: se gli Stati membri sono liberi di determinare le modalità di accesso alla giustizia nonché il giudice a cui rivolgersi in caso di danno anticoncorrenziale subito da un terzo, tuttavia, nel determinare questi criteri e queste competenze, devono farlo in modo tale che le modalità di applicazione delle regole comunitarie di concorrenza – e quindi l'applicazione degli articoli 81 e 82 – non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (*principio di equivalenza*), né devono essere tali da rendere praticamente

impossibile, o eccessivamente difficile, l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (*principio di effettività*).

Nel nostro ordinamento non abbiamo nessuna norma che possa dare una risposta a questi problemi. Non abbiamo, ad esempio, una norma che stabilisca che le Sezioni specializzate – che già esistono ma che hanno una competenza specifica in materia di proprietà industriale ed intellettuale (d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168) – presso determinati Tribunali e Corti d'Appello, siano competenti anche ad applicare, in via esclusiva, gli articoli 81 e 82.

Nemmeno il Codice della proprietà industriale (d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30) può esserci d'aiuto; come sapete lo stesso ha allargato la competenza delle Sezioni specializzate agli "illeciti ... ai sensi della legge 287/90 e degli artt. 81 e 82 Trattato CE" ma limitatamente a quelli "afferenti l'esercizio dei diritti di proprietà industriale".

A mio avviso, quindi, nessuna delle due norme ci permette di dire che le Sezioni specializzate possono avere competenza in materia. Almeno per il momento, secondo me, credo che non si possa concludere diversamente, e cioè che qualunque Giudice nazionale, ovviamente nell'ambito della competenza per valore, possa e debba, allo stato attuale, applicare gli articoli 81 e 82 per quanto riguarda le domande di risarcimento del danno (*private enforcement*).

È vero che una sentenza S.U. della Cassazione, precedentemente citata dalla dott.ssa Romano (n. 2307 del 2005) confermata poi da un'altra più recente sentenza della Cassazione, n. 2305/07 (*Nigriello*), attribuisce competenza esclusiva alle Corti d'Appello per quanto riguarda le azioni di risarcimento del danno e di nullità che abbiano per oggetto violazioni delle regole antitrust nazionali – quindi la legge 287/90.

Tuttavia tale principio, secondo il mio avviso, vale soltanto per quanto riguarda l'applicazione della legge antitrust nazionale

287/90; non vedo in quelle sentenze alcun riferimento agli articoli 81 e 82 del Trattato CE.

Se così non fosse, e cioè se si ritenesse che il principio affermato dalle due sentenze della Cassazione sopra citate possa riguardare qualunque violazione delle regole di concorrenza, siano essi nazionali che comunitarie, bisognerebbe chiedersi se questa soluzione – che attribuendo ai Giudici di appello la competenza esclusiva elimina, di fatto, il doppio grado di giurisdizione nel merito – sia in contrasto o meno con i principi di *effettività* e di *equivalenza*, sopra citati, formulati dalla Corte di giustizia.

Resta il fatto che affermare la competenza, almeno allo stato attuale, di tutti i Giudici nazionali – e quindi anche dei Giudici di pace e dei Tribunali – comporta conseguenze di non poco conto: non ci possiamo nascondere che questi temi sono estremamente difficili e delicati, richiedono preparazione e competenze specifiche, richiedono esperienza, richiedono la conoscenza almeno delle nozioni di base di analisi economica, richiedono perizie molto difficili, complesse e, quindi costose, e così via.

Tanto è vero che molti Stati membri hanno attribuito competenza esclusiva in materia ad alcuni Tribunali specializzati.

Certo, qualora ci fosse già una decisione dell'Autorità garante o della Commissione che stabilisca, dopo una attenta e accurata indagine, che un determinato comportamento di una o più imprese ha violato le regole comunitarie in materia di concorrenza, per qualunque Tribunale o Giudice sarebbe sicuramente più facile rispondere alla richiesta di risarcimento del danno da parte del cittadino, il quale potrà limitarsi ad allegare alla domanda la decisione dell'Autorità garante o della Commissione. Ma non sempre è così, non sempre una richiesta di risarcimento del danno antitrust comunitario è preceduta da una indagine e una decisione dell'Autorità garante o della Commissione.

PRESENTAZIONE DEL CONVEGNO DI STUDIO

Come si può vedere i problemi aperti sono numerosi, molto importanti ed articolati. Ai relatori di queste due giornate è affidato il compito di affrontare più analiticamente alcuni di questi problemi fornendo a tutti noi, e in particolare a voi Giudici, gli strumenti necessari per orientarci ad individuare le soluzioni più corrette e in linea sia con l'ordinamento giuridico nazionale che con quello comunitario.

INDIRIZZI DI SALUTO

Anna Mantovani

Devo innanzi tutto ringraziare per la possibilità che l'Università ci ha offerto con quest'iniziativa che, avendo come oggetto la formazione dei Magistrati, non poteva che trovare in loco un riscontro da parte della formazione decentrata. Consentitemi quindi di rivolgere un ringraziamento veramente sentito perché l'Università ha fatto un lavoro molto importante.

Mi permetto di fare alcuni accenni sulla tematica di questo convegno che presenta una delle problematiche più forti dal punto di vista politico-culturale della formazione europea. Si pone infatti nel quadro del riconoscimento di uno dei principi cardine dello spazio giuridico europeo, che è quello della libera concorrenza. Questa tematica verrà affrontata, in questa sede, sotto una molteplicità di angolazioni al fine di individuare soprattutto come la violazione della normativa antitrust nazionale e comunitaria trovi gli spazi di tutela non soltanto dei soggetti economici imprenditoriali ma anche, in particolar modo, del consumatore finale. Infatti il tema del *private enforcement* è proprio quello della tutela, in sede civile, di soggetti che subiscano gli effetti dannosi della violazione della normativa, nazionale e comunitaria, posta a tutela della libertà di concorrenza.

A questo proposito mi sembra che possa valere la pena ricordare, dal punto di vista dell'individuazione degli interessi giuridici protetti, quello che ha affermato la Cassazione nella recentissima sentenza 2305 del 2007, che ha individuato come interesse rilevante per l'ordinamento – e quindi meritevole di tutela da un punto di vista della tutela risarcitoria, che è quella che maggiormente costituisce il presupposto per l'applicazione del *private enforcement*, – e che lo definisce in questi termini: “si tratta

dell'interesse ultraindividuale alla libertà contrattuale, concretantesi nel diritto a godere dei benefici della competizione commerciale, costituente la colonna portante del meccanismo negoziale della legge della domanda e dell'offerta", interesse tutelato al massimo livello dall'art. 41 della Costituzione. Ovviamente questo interesse ultraindividuale non può che essere appartenente alla generalità dei cittadini, nella loro veste di soggetti economici, e dunque la problematica che deve essere affrontata in questa sede è quella delle modalità con cui tale tutela possa essere garantita.

Ho già letto una nota del prof. Pardolesi che ha mosso qualche critica relativamente a questa ricostruzione, ma credo che lo sforzo di individuazione dell'interesse giuridicamente protetto svolto dalla Corte abbia una sua valenza proprio al fine di consentire l'affermazione della tutela risarcitoria.

Al di là dell'interesse giuridicamente protetto, il primo aspetto importante, su cui si discuterà, è quello procedurale, che non ha rilievo semplicemente in termini di chiarezza procedimentale ma anche in termini di individuazione di come la modalità della tutela diffusa del cittadino si compia. C'è quindi il problema dell'organo giudiziario competente, se le Sezioni specializzate come previsto dal Codice della proprietà industriale, oppure la Corte d'Appello – come previsto dalla legge del '90 – oppure una tutela diffusa avanti l'autorità giudiziaria ordinaria di primo grado, in virtù del principio del decentramento disciplinato dal Reg. 1/2003, che ha stabilito che i giudici nazionali si occupino direttamente dell'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato. Questo è un nodo complesso, che vede delle prospettive di risoluzione di diverso tipo e che sarà oggetto di discussione in questa sede.

Una seconda problematica rilevante è quella dell'onere della prova relativamente alla sussistenza dell'illecito: se il Regolamento 1/2003 prevede che l'onere gravi sulla parte che afferma le violazioni

delle norme sulla concorrenza, e pertanto, da un punto di vista formale, rendendo estremamente difficoltoso l'accesso del consumatore singolo alla giustizia, la sentenza della Cassazione sopra richiamata apre lo spazio a meccanismi presuntivi forti, in presenza di una pregressa accertata violazione da parte dell'Autorità Garante, che sicuramente possono valere a facilitare l'assolvimento di tale onere da parte del consumatore finale.

Un ulteriore aspetto è quello relativo alla quantificazione del danno, che pure è un problema importante relativamente all'individuazione nel momento in cui vi sia la violazione della normativa della concorrenza accertata, quale sia l'entità del danno che il consumatore finale possa dirsi aver subito. Anche in questo sempre la sentenza della Cassazione ha affermato la legittimità di una quantificazione del danno in via equitativa, dando una possibilità di superare le grossissime difficoltà di individuazione di quale possa essere l'alterazione del meccanismo del mercato in relazione alla posizione del consumatore finale.

Un'ultima problematica mi sembra quella relativa al fatto che l'art. 11 del Regolamento del 2003 preveda canali di scambio tra Corti e Commissione al fine di ottenere chiarimenti sulle norme comunitarie sulla concorrenza con una sorta di legame abbastanza stretto – quasi di influenza – da parte della Commissione, che non è autorità giurisdizionale ma è autorità amministrativa, sulle Corti. Si tratta di una soggezione di un'istanza giurisdizionale ai dettami di un'autorità amministrativa, anche se viene chiamata cooperazione, che difficilmente si concilia con i principi della nostra Costituzione, e dunque costituisce un ulteriore momento di problematicità della disciplina complessiva.

Di fronte a tale poliedricità di questioni credo che l'iniziativa formativa che l'università di Trento ha proposto e che è stata raccolta quale formazione decentrata di Trento, si presenti come

ANNA MANTOVANI

estremamente interessante, in un quadro di orientamento per la costruzione di uno spazio giuridico europeo.

RAPPORTI TRA GIUDICI NAZIONALI, COMMISSIONE E AGCM

Gabriella Romano¹

SOMMARIO: 1. *L'effetto diretto degli artt. 81 e 82 TCE e l'estensione all'art. 81 par. 3* - 2. *La complementarietà dell'azione della Commissione, dell'AGCM e dei giudici nazionali* - 3. *L'applicazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali (e delle ANC): la prevalenza del diritto comunitario* - a) *Il primato del diritto comunitario sul diritto interno* - b) *Il rapporto fra normativa antitrust comunitaria e nazionale (art. 3 del Regolamento)* - c) *Il primato delle decisioni della Commissione (art. 16 del Regolamento)* - 4. *Le forme di cooperazione tra la Commissione, le ANC e i giudici nazionali* - 5. *I giudici nazionali e l'AGCM* - a) *Il rapporto tra i procedimenti giurisdizionali ordinari e i procedimenti dell'AGCM* - b) *Riparto di competenze tra i giudici ordinari.*

1. L'effetto diretto degli artt. 81 e 82 TCE e l'estensione all'art. 81 par. 3

Come noto, gli artt. 81 e 82 del Trattato CE (già artt. 85 e 86) costituiscono le due norme fulcro del diritto *antitrust* comunitario e disciplinano, rispettivamente, le intese restrittive della concorrenza e l'abuso di posizione dominante. Queste disposizioni hanno anche costituito il modello per definire la normativa *antitrust* nazionale, la legge 10 ottobre 1990, n. 287, che ha istituito l'Autorità garante della concorrenza del mercato (di seguito, anche AGCM).

Fin da tempi risaltanti, la Corte di giustizia ha chiarito che gli artt. 81 e 82 TCE (ex 85 e 86) sono norme dotate di effetto diretto nei rapporti fra i singoli: “poiché per loro natura, i divieti sanciti dagli artt. 85, n. 1 e 86 sono atti a produrre direttamente degli effetti nei

¹ Le opinioni espresse sono a mero titolo personale e non impegnano l'Istituzione di appartenenza.

rapporti fra i singoli, detti articoli attribuiscono direttamente a questi dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare”².

Fin da tempi risalenti, quindi, i giudici nazionali sono stati chiamati a giocare un ruolo di rilievo nell’applicazione del diritto della concorrenza, dovendo tutelare i diritti che tali norme attribuiscono ai singoli³.

Il processo di riforma del diritto della concorrenza, attuato mediante il Regolamento del Consiglio del 16 dicembre 2002 n. 1/2003/CE (di seguito anche il Regolamento), che, oggi,

² Cfr. tra le tante, la sentenza della Corte di giustizia del 30 gennaio 1974, C-127/73, *BRT I*, in Racc. 1974, pg. 51. Sul punto v. in particolare, M. TAVASSI, *Le regole del Trattato CE: Operatività diretta*, in M. TAVASSI, M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998, 33 e ss.

³ Il riconoscimento dell’applicazione diretta degli articoli 85 e 86 (oggi 81 e 82 TCE) ha, da sempre, un’importanza sistematica che occorre evidenziare cfr. A. TIZZANO, *L’applicazione decentrata degli art. 85 e 86 CE in Italia*, in *Foro It.*, 1997, n. 1, IV, 33. L’ordinamento comunitario ha assunto, infatti, caratteristiche del tutto peculiari nel panorama del diritto internazionale grazie – soprattutto – ai principi innovativi affermati dalla Corte di giustizia. L’applicazione diretta di alcuni articoli del TCE, e tra questi delle disposizioni *antitrust*, si inserisce pienamente in questo contesto poiché ha consentito di vedere, nelle norme del Trattato i cui destinatari sono in primis gli Stati membri, “in trasparenza i diritti dei singoli” e di innescare, quindi, con questi ultimi un dialogo – per il tramite dei giudici nazionali – tra organi comunitari e cittadini. Su questi temi, cfr. G. Tesauro nel corso del convegno “Il ruolo del giudice: le magistrature Supreme”, Roma 18 e 19 maggio 2007, Università degli Studi Roma Tre e Corte di giustizia sent. 5 febbraio 1963, *Van Gend Loos*, in Racc. 1962, pg. 3: “Lo scopo del Trattato CEE, cioè l’instaurazione di un mercato comune il cui funzionamento incide direttamente sui soggetti della Comunità, implica che esso va al di là di un accordo che si limitasse a creare degli obblighi reciproci fra gli Stati contraenti. ...la funzione attribuita alla Corte di giustizia dall’articolo 177, funzione il cui scopo è di garantire l’uniforme interpretazione del trattato da parte dei giudici nazionali, costituisce la riprova del fatto che gli Stati hanno riconosciuto al diritto comunitario un’autorità tale da potere essere fatto valere dai loro cittadini davanti a detti giudici. ...la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini”.

costituisce il perno della messa in opera degli artt. 81 e 82 Tr. CE, conferma l'importanza dell'applicazione diretta di detti articoli e, anzi, ne amplia la portata⁴.

⁴ Il Regolamento n. 1/2003 ha sostituito il Regolamento del Consiglio del 6 febbraio 1962 n. 17, che ha rappresentato per più di quaranta anni la normativa di riferimento nell'attuazione degli artt. 81 e 82 CE (ex artt. 85 e 86) del TCE. Di seguito, senza pretesa di esaustività, vengono richiamati alcuni riferimenti bibliografici sul Regolamento n. 1/2003 e il processo di modernizzazione, alcuni dei quali con specifico riferimento al ruolo dei giudici: D. CAHILL, D. COOK, *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the EU*, Cambridge, 2004; M. D'ALBERTI, *La rete europea di concorrenza e la costruzione del diritto antitrust*, relazione al convegno *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Treviso 13-14 maggio 2004; W. BLUMENTHAL, *The Challenge of Sovereignty and the Mechanisms of Convergence*, in *Antitrust law journal*, 2004, pp. 267-282; C.D. EHLERMANN, I. ATANASIUS, *European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network of Competition Authorities*, Oxford, 2004; A. FRIGNANI, *La messa in opera delle norme antitrust comunitarie (il Regolamento 1/2003 e suoi riflessi nel diritto italiano)*, in *Il diritto industriale*, 2004, pp. 457-468; A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, *La concorrenza*, Torino, 2006; L. GARZANITI, J. GUDOFKY, J. MOFFAT, *Dawn of A New Era? Powers of Investigation and Enforcement Under Regulation 1/2003*, in *Antitrust law journal*, 2004, pp. 159-207; D. GERADIN, *Modernisation and enlargement: Two major challenges for EC Competition law*, Antwerp-Oxford, 2004; D.J. GERBER, P. CASSINIS, *The Modernisation of the European Community Competition Law: Achieving Consistency in Enforcement*, in *European Competition Law Review*, 2006, pg. 10 e ss.; D.G. OYDER, *EC Competition Law*, Oxford, 2003; L. IDOT, *Droit communautaire de la concurrence - Le nouveau systeme communautaire de mis en oeuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruxelles, 2004; K. LENAERTS, D. GERARD, *Decentralisation of EC Competition Law Enforcement: Judges in the Frontline*, in *World Competition*, 2004, pp. 313-349; P. MENGOZZI, *La giurisprudenza del Tribunale delle Comunità europee in materia di concorrenza e l'applicabilità da parte dei giudici nazionali del Regolamento del Consiglio n. 1/2003*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2003, 210 e ss.; L.F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europea*, Milano, 2005; M. SCUFFI, *L'istruttoria nei giudizi antitrust: collaborazione informativa e strumenti di indagine a disposizione del giudice nazionale*, in *Dir. ind.*, 2005; M. SCUFFI, *I riflessi ordinamentali ed organizzativi del regolamento comunitario n. 1/2003 sulla concorrenza*, in *Corriere giur.*, 2004, 123 e ss.; M. SIRAGUSA, E. GUERRI, *L'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato Ce in seguito all'introduzione del Regolamento 1/2003*, in *Il diritto industriale*, 2004, 348 e ss.; M. TAVASSI, *Il regolamento CE n. 1/2003: verso la devoluzione di competenza*

Come noto, infatti, l'applicazione diretta delle disposizioni *antitrust* comunitarie, sia da parte delle Autorità Nazionali della Concorrenza (di seguito, anche ANC) che dei giudici, subiva una grave limitazione, consistente nell'impossibilità di applicare l'art. 81, par. 3 del trattato. Questa disposizione indica i criteri in base ai quali un'intesa che ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 81 par. 1, ed è pertanto restrittiva della concorrenza, risulta, comunque, compatibile con la normativa *antitrust*. L'applicazione dell'art. 81 par. 3 era demandata esclusivamente alla Commissione europea che interveniva, nell'esercizio di propri poteri discrezionali, con decisioni individuali (c.d. esenzioni in deroga) aventi efficacia costitutiva, oppure con i c.d. regolamenti di esenzione⁵.

in materia di concorrenza dalla Commissione europea alle Autorità Garanti ed ai Giudici Nazionali, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2004, 315-365; G. TESAURO, *La tutela della concorrenza tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Economia e Politica Industriale*, 2004, pg. 143 e ss.; M. TODINO, *Modernisation from the perspective of national competition authorities: impact of the reform on decentralised application of E.C. competition law*, in *European Competition Law Review*, 2000, 348 e ss.; G.L. TOSATO, L. BELLODI, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza-Aspetti procedurali*, Milano, 2004; I. VAN BAEL, J.F. FRANCOIS BELLIS, *Competition Law of the European Community*, The Hague, 2005; I. VAN BAEL, *Il big bang nella procedura di applicazione del diritto antitrust comunitario*, relazione al convegno *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Treviso 13-14 maggio 2004; W.P.J. WILS, *Principles of European Antitrust Enforcement*, Oxford and Portland, 2005.

⁵ I regolamenti di esenzione si applicano in via generale ed astratta a tutte le intese che presentano le caratteristiche ivi indicate. Quando un'intesa ricade nell'ambito di applicazione di un regolamento di esenzione essa è compatibile con l'art. 81 del TCE poiché presenta tutte le condizioni di cui all'art. 81 par. 3 TCE, senza che sia necessaria una decisione amministrativa in tal senso. In questa prospettiva, si può rilevare che i regolamenti di esenzione per categoria hanno in parte anticipato la soluzione generale accolta nel Regolamento n. 1/2003 di trattare le intese con il sistema di eccezione legale di cui appresso si dirà.

I regolamenti di esenzione della Commissione hanno effetto diretto nel territorio degli Stati membri e sono pertanto direttamente applicabili delle ANC e dei giudici nazionali; inoltre, stante, la loro natura derogatoria, non sono suscettibili di interpretazione analogica. Cfr. Corte di giustizia 28 febbraio 1991, C-234/89,

Con la Modernizzazione, il primo innovativo aspetto che occorre mettere in luce è che l'effetto diretto si è esteso anche all'art. 81 par. 3, appena citato e, in un certo senso, precedentemente oggetto di monopolio da parte della Commissione. L'art. 6 del Regolamento sancisce infatti che le giurisdizioni nazionali sono competenti ad applicare gli articoli 81 e 82 TCE nella loro interezza e senza limitazione alcuna⁶.

L'applicazione decentrata dell'art. 81 par. 3 anche da parte delle ANC e dei giudici si inserisce in un contesto normativo profondamente innovato dal Regolamento 1/2003. Mentre, in passato, le intese – per beneficiare della deroga di cui all'art. 81 par. 3, necessitavano di un'espressa decisione costitutiva in tal senso, oggi vige il c.d. regime di autovalutazione da parte delle imprese. Oggi infatti “Gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'art. 81 paragrafo 1 del trattato che soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, del trattato non sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso” (art. 1 par. 1). In passato come noto, vi era invece bisogno di una decisione espressa ad opera

Delimitis/Henninger, in Racc. 1991, pg. I-935, e, soprattutto, Corte di giustizia 3 febbraio 1976, C-63/75, *Fonderies Roubaix*, Racc. 1976, pg. 111, spec. punto 10, “spetta al giudice nazionale, che debba pronunciarsi sulla validità di accordi del genere, valutare – avvalendosi se necessario del rinvio pregiudiziale a norma dell'art. 177 – se gli accordi stessi possano pregiudicare in modo rilevante l'interscambio comunitario, qualora così fosse, lo stesso giudice è pure competente a dichiarare che i contratti di cui trattasi fruiscono, anche se non notificati, dell'esenzione per categoria di cui al Regolamento n. 67/97 della Commissione, in forza dell'art. 85, n. 3”. Pertanto i regolamenti di esenzione hanno consentito, per un verso, alla Commissione di mantenere il controllo sull'individuazione delle condizioni che giustificano l'inapplicabilità dell'art. 81 par. 1 CE, per l'altro, essendo suscettibile di applicazione decentrata, la valutazione complessiva di un'intesa ai sensi dell'art. 81 par. 1 e 3 TCE anche ai giudici nazionali e alle ANC.

⁶ Cfr. M. TAVASSI, *Modernising European Antitrust rules – Application of Article 81.3 of the EC Treaty by National Courts*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitari (atti del Convegno svoltosi a Treviso 16-17 maggio 2002)*, Milano, 2003.

della Commissione europea, decisione – la c.d. esenzione in deroga, avente forza costitutiva (efficacia *ex nunc*)⁷.

2. La complementarità dell'azione della Commissione, dell'AGCM e dei giudici nazionali

Nell'applicazione degli artt. 81 e 82 TCE di cui si è detto al paragrafo precedente, il primo punto che occorre affrontare è il diverso ruolo attribuito, da un lato, alla Commissione europea ed alle ANC, e in particolare all'AGCM, e, dall'altro, ai giudici nazionali.

Nell'applicare gli artt. 81 e 82 Ce, la Commissione persegue l'interesse generale della Comunità europea all'attuazione della politica della concorrenza. In particolare, la Commissione e le ANC, in via decentrata, tutelano le dinamiche competitive nei mercati interessati e l'integrazione degli stessi in una prospettiva comunitaria⁸. Corollario di questa premessa, è che la Commissione e le ANC tutelano la concorrenza e non i singoli concorrenti, anche se questi ultimi possano beneficiare di siffatto intervento. Ciò è testimoniato dall'elevato numero di casi originati proprio da una denuncia di parte. La Commissione e le ANC, nel perseguire queste finalità, rappresentano il *public enforcement* del diritto *antitrust* e costituiscono “una rete di pubbliche autorità” (15° considerando) il cui funzionamento è soggetto alle regole introdotte con la modernizzazione⁹.

⁷ Anche nel nuovo assetto rimangono invece pienamente operativi i regolamenti di esenzione, menzionati precedentemente.

⁸ La funzione dell'AGCM è “appunto quella di garantire la libera concorrenza e il funzionamento del mercato considerati valori riconducibili ai principi sanciti dall'art. 41 Cost.”; Cass. Sez. Un. n. 8882/05. Vi sono anche numerose sentenze del Consiglio di Stato che affermano lo stesso principio, cfr. CdS sent. n. 1397/2006, test diagnostici e sent. n. 3865/2004, *Nokia/Marconi*; cfr. anche TAR Lazio, sent. 1713/2006 caso *Merk*.

⁹ Un approfondimento a parte merita l'ipotesi in cui uno Stato membro indichi quale ACN un'autorità giudiziaria, eventualità espressamente contemplata dal

Per contro, come già evidenziato in apertura, i giudici nazionali garantiscono la protezione dei diritti dei singoli ed, anzi, sono gli organi meglio preposti ad offrire tale tutela predetti diritti. Diversamente dalla Commissione (e delle ANC), i giudici possono soddisfare le pretese dei singoli, in particolare, dichiarando la nullità di un contratto e, soprattutto, concedendo agli interessati il risarcimento dei danni subiti a causa di una violazione degli artt. 81 e 82 (ex 85 e 86) TCE¹⁰. I giudici ordinari rappresentano il c.d. *private enforcement* della normativa *antitrust*¹¹.

Questa impostazione – già maturata precedentemente al Regolamento 1/2003 – è pienamente recepita da quest’ultimo: “Le giurisdizioni svolgono una funzione essenziale nell’applicazione delle regole di concorrenza comunitarie. Esse tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie fra privati, in particolare accordando risarcimenti alle parti danneggiate delle infrazioni. Le giurisdizioni nazionali svolgono sotto questo aspetto un ruolo complementare rispetto a quelle delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri...” (considerando 7 del Regolamento)¹².

Inoltre, i giudici nazionali, nell’attuazione del diritto *antitrust*, si possono rivolgere alla Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale, ai sensi dell’art. 234 TCE (ex art. 177) e partecipano,

Regolamento (cfr. considerando n. 35). Tuttavia, ciò non si verifica con riferimento al sistema italiano e, pertanto, il tema non avrà seguito in questa sede.

¹⁰ Cfr. Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli stati membri dell’UE ai fini dell’applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE, in GUCE 27.04.2004, C-101/54, punto 4 e più recente il Libro Verde della Commissione Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust*, COM(2005)672 def.

¹¹ Su questi temi cfr. soprattutto la recente sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 2006, C-295/04 e C-298/04, *Manfredi*.

¹² Sul ruolo dei giudici e delle ANC cfr. P. CASSINIS, *I nuovi poteri dell’Autorità nell’ambito della dialettica tra public e private enforcement*, in *Contratto e Impresa/Europa*, n. 2/06.

quindi, ad una dialettica con la Corte di giustizia CEE di fondamentale rilevanza. Infatti, il rinvio pregiudiziale ha costituito, e costituisce tuttora, uno degli strumenti più importanti nello sviluppo dei principi comunitari in materia di concorrenza. Giova sottolineare che l'attivazione di tale strumento è, invece, preclusa alle ANC¹³.

La complementarietà dei diversi ruoli esalta come sia l'ECN che i giudici nazionali concorrono all'efficacia complessiva della normativa *antitrust*¹⁴. Peraltro il rischio per le imprese di essere esposte al risarcimento del danno ha una funzione deterrente importante e parallela rispetto alla funzione deterrente delle sanzioni irrogate dalle ANC¹⁵. Ciò soprattutto a seguito della considerazione che l'applicazione da parte della Commissione e delle ANC delle regole *antitrust* assume caratteri sempre più di "amministrazione consensuale" in cui l'irrogazione della sanzione diventa sempre meno certa. Si pensi alle decisioni con impegni e ai *leniency programs*.

In questo contesto, la finalità del processo di Modernizzazione, processo sfociato nel Regolamento n. 1/2003, è di potenziare l'applicazione in via decentrata degli artt. 81 e 82 TCE, da parte delle ANC e dei giudici nazionali, nel rispetto dei diversi ruoli sopra descritti. Decentramento che, tuttavia, non deve pregiudicare

¹³ Corte di giustizia, sentenza 31 maggio 2005 C-53/03, *Syfait*, in Racc. 2005, I - 4609, in base alla quale le ANC non costituiscono una giurisdizione ai sensi dell'art. 234 CE e, quindi, non sono legittimate ad adire la Corte in sede di rinvio pregiudiziale. Ciò anche in ragione delle regole di funzionamento dell'ECN che vedono in capo alla Commissione un ruolo sovraordinato rispetto alle singole ANC, in particolare in ragione del potere della Commissione di avocare a sé un procedimento ex artt. 81 e 82 TCE avviato da una ANC. Come verrà ribadito nel prosieguo non è previsto analogo potere nei rapporti Commissione/giudici nazionali.

¹⁴ Cfr. anche la sentenza della Corte di giustizia 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage*, Racc. I- 6297.

¹⁵ La funzione deterrente delle azioni di risarcimento dei danni si esplica a prescindere dal criterio accolto per la determinazione concreta della quantificazione del danno, tema non attratto in questa sede.

l'applicazione uniforme del diritto *antitrust* comunitario su tutto il territorio dell'Unione europea. Questa tensione tra decentramento e uniformità permea tutto il Regolamento e ne costituisce una caratteristica saliente.

Gli effetti principali del Regolamento, nell'affrontare i rapporti tra Commissione e giurisdizioni nazionali, sono, quindi, essenzialmente due ed entrambi finalizzati a garantire l'uniformità e l'effetto utile del diritto *antitrust* comunitario. In primo luogo, vengono rafforzati i vincoli posti ai giudici nell'applicazione del diritto comunitario e ciò avviene anche attraverso una sostanziale codificazione dei principi già sviluppati dalla Corte di giustizia in ordine all'applicazione, in via decentrata, degli articoli 81 e 82 TCE da parte dei giudici. Un rafforzamento di questi vincoli caratterizza, in misura ancora più significativa, i rapporti tra la Commissione e le ANC, che come rilevato, vengono a comporre una vera e propria rete di autorità.

Inoltre, viene potenziato il ruolo della Commissione di *amicus curiae*. Infatti, i giudici nazionali non sono formalmente integrati nella rete ECN, alla quale invece appartengono la Commissione e le ANC. Tuttavia – proprio perché anche essi partecipano all'applicazione decentrata degli artt. 81 e 82 – il Regolamento prevede forme di cooperazione tra i soggetti deputati a tale compito.

3. L'applicazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali (e delle ANC): la prevalenza del diritto comunitario

Nell'applicazione del diritto comunitario, l'uniformità e la coerenza è assicurata, in primo luogo, dal rispetto del principio della prevalenza del diritto comunitario su quello nazionale. Questo vincolo vale sia per i giudici nazionali che per le ANC e, in particolare, l'AGCM.

Il principio del primato del diritto comunitario assume diverse forme, alcune delle quali, come si vedrà nell'immediato prosieguo, sono state codificate nel Regolamento 1/2003. Preliminarmente, è, tuttavia, necessario richiamare brevemente l'applicazione giurisprudenziale che tale principio ha avuto, vale dire come criterio per risolvere il conflitto fra norme (comunitarie e nazionali).

a) Il primato del diritto comunitario sul diritto interno

In base a tale principio, le disposizioni del Trattato e gli atti delle istituzioni comunitarie, ove immediatamente applicabili, hanno effetto e prevalgono sul diritto interno degli Stati membri, rendendolo inapplicabile al singolo caso di specie¹⁶. Il principio della prevalenza del diritto comunitario è strettamente collegato all'efficacia diretta delle disposizioni del trattato già menzionata in precedenza e costituisce un principio cardine del sistema¹⁷.

È da sottolineare che il principio della prevalenza del diritto comunitario riguarda tutti gli atti comunitari, siano essi normativi primari e secondari, decisioni individuali (decisioni della Commissione o sentenze della Corte CE), rispetto a tutti gli atti nazionali (legislativi, regolamentari, provvedimenti amministrativi).

¹⁶ Cfr. M. TAVASSI, *Quale ruolo per i giudici nazionali nella tutela della concorrenza*, nell'ambito del Convegno "Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario", Treviso, 13-14 maggio 2004.

¹⁷ Ex multis, cfr. CGCE sent. 9 marzo 1978, C-106/77, *Simmenthal*, in Racc. 1978, pg. 629: "...In forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli Stati membri, non solo di rendere "ipso jure" inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche – in quanto dette disposizioni e detti atti fanno parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne, dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli stati membri – di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi".

Con riferimento all'ordinamento italiano e con specifica attenzione alla materia della concorrenza, il principio appena affermato acquista notevole rilevanza. Infatti, nella valutazione di una fattispecie *antitrust* può incidere una normativa interna che agevola, o addirittura impone, una condotta anticoncorrenziale. Si pensi a normative che rinviino ad accordi tra imprese per la definizione della quantità di un bene da produrre o di prezzi minimi e massimi, a norme che attribuiscono monopoli legali. Alcune di queste normative trovano giustificazione nella tutela di interessi pubblici ma molte sono retaggio di un passato nel quale il valore della concorrenza non aveva quel riconoscimento di principio dinamico e propulsore che invece oggi ha.

La giurisprudenza comunitaria ha chiarito come i giudici nazionali e, anche le ANC, si devono comportare quando, nell'esaminare una determinata fattispecie, ai sensi degli artt. 81 e 82 TCE, rilevino un atto interno come sopra descritto. E qui occorre richiamare l'importante sentenza della Corte di giustizia, sul caso CIF, originata proprio da un procedimento dell'AGCM. Tale sentenza ha chiarito che anche le ANC, come i giudici nazionali, sono, nell'ambito dell'applicazione in via decentrata degli artt. 81 e 82 TCE, tenute ad assicurare la prevalenza del diritto comunitario e, quindi, obbligate a disapplicare il diritto interno incompatibile¹⁸.

¹⁸ Corte di giustizia, sent. 9 settembre 2003, C-198/01, CIF, in *Corr. Giur.*, 2003, n. 11, p. 414 con nota di Nascimbene-Bastianion. La sentenza trae spunto da un procedimento dell'AGCM nel corso del quale l'Autorità si era "imbattuta" nella legislazione nazionale in materia di consorzi sui fiammiferi, incompatibile con la normativa *antitrust*. In procedimenti successivi, l'AGCM ha fatto menzione in sede di avvio della sussistenza di atti interni verosimilmente incompatibili con il diritto comunitario (I626, *Periti assicurativi* e A365, *Posta Elettronica Ibrida*); in entrambi i casi, nel corso dei procedimenti è stato abrogato la regolazione interna chiamata in causa. Anche nel caso I668, ordine dei Medici Veterinari di Torino, avviato in data 24 maggio 2006, ex art. 81 TCE, veniva richiamata l'eventualità che l'intesa oggetto del procedimento potesse essere quantomeno agevolata dalla normativa di settore e che quindi l'AGCM avrebbe, nel corso del procedimento, valutato la possibilità di

Giova richiamare un passaggio fondamentale della sentenza: “A questo proposito si deve ricordare, in primo luogo, che, sebbene di per sé gli artt. 81 CE e 82 CE riguardino esclusivamente la condotta delle imprese e non le disposizioni legislative o regolamentari emanate dagli Stati membri, ciò non toglie che tali articoli, in combinato disposto con l’art. 10 CE, che instaura un dovere di collaborazione, obbligano gli Stati membri a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o regolamentare, idonei a eliminare l’effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese¹⁹. La Corte ha in particolare dichiarato che si è in presenza di una violazione degli artt. 10 CE e 81 CE quando uno Stato membro imponga o agevoli la conclusione di accordi in contrasto con l’art. 81 CE, o rafforzi gli effetti di siffatti accordi, ovvero tolga alla propria normativa il suo carattere pubblico delegando ad adottare ad operatori privati la responsabilità di adottare decisioni d’intervento in materia economica... Del resto, dall’entrata in vigore del Trattato di Maastricht, il Trattato Ce prevede espressamente che l’azione degli Stati membri, nell’ambito della loro politica economica, debba rispettare il principio di un’economia di mercato aperta e in libera concorrenza... Si deve ricordare, in secondo luogo, che secondo una giurisprudenza costante, il principio del primato del diritto comunitario esige che sia disapplicata qualsiasi disposizione della legislazione nazionale in contrasto con una norma comunitaria, indipendentemente dal fatto che sia anteriore o posteriore a quest’ultima. Tale obbligo di

applicare i principi di cui alla sentenza CIF; questo procedimento si è chiuso in data 21 febbraio 2007 con decisione di accettazione impegni.

¹⁹ V. sentenze 16 novembre 1997, C-13/77, *INNO/ATAB*, Racc. 2115, punto 31; 21 settembre 1988, C-267/86, *Van Eycke*, Racc. 4769, punto 16; 17 novembre 1993, causa C-185/91, *Reiff*, Racc. I 5801, punto 14; 9 giugno 1994, C-153/93, *Delta Schiffahrts-und Speditionsgesellschaft*, Racc. pg. I-2517, punto 14, 5 ottobre 1995, C-96/94, *Centro Servizi Spediporto*, Racc. I 2883, punto 20 e 19 febbraio 2002, C-35/99, *Arduino*, Racc. I-1529, punto 34.

disapplicare una normativa nazionale con il diritto comunitario incombe non solo al giudice nazionale, ma anche a tutti gli organi dello Stato, comprese le autorità amministrative...” (punti 45-49).

In caso di contrasto tra diritto *antitrust* comunitario e diritto nazionale, sia i giudici che le ANC hanno, pertanto, il dovere di disapplicare il diritto interno incompatibile con il diritto comunitario, assicurando a quest’ultimo la prevalenza, e ciò è strettamente collegato all’obbligo di leale collaborazione fra organi comunitari e Stati membri.

b) Il rapporto fra normativa antitrust comunitaria e nazionale (art. 3 del Regolamento)

I giudici ordinari e l’AGCM hanno un duplice ruolo: non solo applicano in via decentrata il diritto comunitario della concorrenza ma, evidentemente, anche la normativa nazionale e, *in primis* con riferimento all’ordinamento italiano, la legge n. 287/90, costruita, come si è detto, prendendo a modello gli artt. 81 e 82 TCE.

Il rapporto fra il diritto comunitario *antitrust* e il diritto nazionale della concorrenza è uno degli aspetti più delicati della riforma e rappresenta un profilo molto importante per assicurare l’efficacia del diritto *antitrust* comunitario. Questo tema è fondamentalmente trattato all’art. 3 del Regolamento.

Infatti, tenuto conto che molti ordinamenti, fra i quali l’Italia, sono dotati di una normativa nazionale in materia di concorrenza, una delle preoccupazioni sottostanti al Regolamento era il timore che l’applicazione del diritto della concorrenza potesse subire un’eccessiva nazionalizzazione e che l’applicazione della normativa nazionale andasse a scapito di quella comunitaria. Per fugare tali eventualità, il Regolamento tratta l’applicazione diretta degli articoli 81 e 82 come un vero e proprio obbligo in capo alle ANC e ai giudici nazionali, “allorché applicano il diritto nazionale in materia di

concorrenza ad accordi e prassi che possono pregiudicare il commercio fra Stati membri”²⁰.

Tale obbligo è codificato dall’art. 3, par. 1: “Quando le autorità garanti della concorrenza e degli Stati membri o le giurisdizioni nazionali applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza ad accordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate ai sensi dell’articolo 81, paragrafo 1, del trattato che possono pregiudicare il commercio fra Stati membri ai sensi di detta disposizione, esse applicano anche l’articolo 81 del trattato a siffatti accordi, decisioni o pratiche concordate. Quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri o le giurisdizioni nazionali applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza agli sfruttamenti abusivi vietati dall’articolo 82 del trattato, esse applicano anche l’articolo 82 del trattato”²¹.

Giova sottolineare che l’art. 3 del Regolamento si occupa dell’applicazione del diritto nazionale alle sole fattispecie che integrano un pregiudizio al commercio fra Stati membri e che, quindi, ricadono nell’ambito di applicazione degli artt. 81 e 82 TCE. L’art. 3 del Regolamento è, invece, del tutto indifferente rispetto alle fattispecie che non rilevano ai fini degli artt. 81 e 82 TCE e che, in base ai singoli ordinamenti nazionali, possono eventualmente interessare la sola normativa nazionale in materia di concorrenza.

Si noti che – per quanto riguarda l’ordinamento italiano – l’art. 1 della legge n. 287/90 accoglie il c.d. sistema della barriera unica, in base al quale viene applicata la legge nazionale solo nei casi che non ricadono nell’ambito di applicazione della legislazione comunitaria: “Le disposizioni della presente legge in attuazione dell’articolo 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di

²⁰ Reg. 1/2003 considerando n. 8.

²¹ La nozione di pregiudizio al commercio fra gli Stati membri è approfondita in un’apposita comunicazione della Commissione.

iniziativa economica, si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese che non ricadono nell'ambito di applicazione degli articoli 65 e/o 66 del Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, degli articoli 85 e/o 86 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea (CEE), dei regolamenti della CEE o di atti comunitari con efficacia normativa equiparata".

Ad una prima lettura l'art. 3 del Regolamento n. 1/2003, prevedendo la contestuale applicazione della normativa comunitaria e di quella nazionale, e l'art. 1 della legge n. 287/90, escludendo tale possibilità, potrebbero apparire in contrasto. Tuttavia, così non è. L'art. 1 della legge n. 287/90 ha infatti accolto una soluzione volta a favorire l'applicazione del diritto comunitario, comprimendo l'applicazione del diritto nazionale, e non appare, pertanto, incompatibile con l'art. 3 del Regolamento. Infatti, in presenza del requisito del pregiudizio al commercio fra Stati membri, l'art. 1 della legge n. 287/90 prevede infatti che si applichi soltanto il diritto *antitrust* comunitario e non anche quello nazionale²².

²² A conferma si ricorda che la versione definitiva dell'art. 3 del Regolamento presenta delle differenze sostanziali con la versione proposta dalla Commissione nel dicembre 2000. Nella proposta di regolamento era infatti previsto che quando una fattispecie *antitrust* reca il pregiudizio al commercio fra gli Stati membri "si applica il diritto comunitario della concorrenza ad esclusione delle legislazioni nazionali in materia"; tale soluzione è molto simile a quella accolta dall'art. 1 della legge n. 287/90. Nel disegno originario delineato dalla Commissione veniva in sostanza precluso ciò che, invece, la versione definitiva del regolamento testualmente ammette, vale a dire l'applicazione parallela del diritto *antitrust* comunitario e nazionale. La finalità della proposta della Commissione era evidentemente quello di rafforzare il ruolo del diritto *antitrust* comunitario comprimendo l'applicazione del diritto nazionale. In sostanza, la Commissione aveva proposto la codificazione di un sistema c.d. "a barriera unica", volto ad evitare qualsiasi forma di sovrapposizione e incoerenza derivante dall'applicazione contestuale della normativa *antitrust* nazionale. Tuttavia, tale obiettivo, considerato il disposto dell'art. 3 par. 2 del Regolamento sopra descritto, appare sostanzialmente raggiunto in materie di intese (sul punto v. infra). Sul rapporto fra diritto *antitrust* nazionale e comunitario dopo il

L'art. 1 della legge n. 287/90 non esaurisce tuttavia la tematica del rapporto tra diritto comunitario e diritto nazionale. L'AGCM infatti è libera di avviare un procedimento, decidendo autonomamente la normativa applicabile, comunitaria (artt. 81 e 82 TCE) o nazionale (artt. 2 e 3 della legge n. 287/90), anche discostandosi dalla (eventuale) prospettazione del denunciante. I giudici sono invece vincolati dal principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e ciò potrebbe costituire un limite nel caso in cui la domanda su cui si fonda l'azione giurisdizionale non menzioni la normativa comunitaria²³. Può sicuramente soccorrere il principio che il giudice *novit cura* ma la coerenza sistematica può non essere comunque assicurata. Non mi addentro oltre in tematiche prettamente processuali, che sono rese più complesse dalla frammentazione del riparto di competenze fra gli organi giurisdizionali nazionali (cfr. infra). Mi limito a richiamare che la Commissione affronta questo tema nell'apposita comunicazione sulla cooperazione con i giudici²⁴: "...Laddove per effetto del diritto interno le giurisdizioni nazionali sono obbligate a sollevare d'ufficio questioni di diritto fondate su disposizioni nazionali vincolanti, la cui

Regolamento 1/2003, cfr. la sentenza del TAR Lazio, Sez. I, 17 maggio 2006, n. 3543, caso ANIA, ove la parte, ritenendo insussistente il pregiudizio al commercio fra Stati membri, aveva contestato l'applicazione, da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dell'art. 81 TCE, anziché dell'art. 2 della legge n. 287/90; il giudice ha, tra l'altro, rilevato che l'applicazione dell'art. 81, e con esso le regole di funzionamento della rete tra ANC e la Commissione, garantiscono maggiori garanzie alle imprese interessate e, pertanto, le censure sollevate non sono state idonee a dare conto dell'illegittimità dell'azione amministrativa.

²³ Cfr. art. 112 c.p.c.: "Corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni che, possono essere proposte soltanto dalle parti".

²⁴ Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE, in GUCE 27.04.2004, C-101/54.

applicazione non è stata invocata dalle parti, lo stesso obbligo esiste anche quando si tratti di applicare disposizioni vincolanti di diritto comunitario in materia di concorrenza. La conclusione è identica nel caso in cui il diritto interno attribuisce alle giurisdizioni nazionali la discrezionalità di applicare d'ufficio disposizioni nazionali vincolanti: le giurisdizioni nazionali devono, quando il diritto interno permette loro di procedere a tale applicazione, applicare le disposizioni di diritto comunitario della concorrenza anche in casi in cui la parte interessata alla loro applicazione non ne ha fatto richiesta”; la Commissione riconosce un importante *caveat* “Tuttavia, il diritto comunitario non impone alle giurisdizioni nazionali di sollevare d'ufficio un motivo basato sulla violazione di disposizioni comunitarie, qualora l'esame di tale motivo li obblighi a rinunciare al principio dispositivo, alla cui osservanza siano tenuti, esorbitando dai limiti della lite quale è stata circoscritta dalle parti e basandosi su fatti e circostanze diverse da quelli che la parte processuale che ha interesse all'applicazione di dette disposizioni ha posto a fondamento della propria domanda”²⁵.

²⁵ Comunicazione cit. punti 3-4. Al riguardo, cfr. Cass. Civ. Sez. I, sent. 30 giugno 2001, n. 8887 in materia di norme bancarie uniformi che – preso atto della sentenza Corte di giustizia 21 gennaio 1999 che aveva escluso in fattispecie analoga la sussistenza del pregiudizio del commercio fra Stati membri – ammette la possibilità di applicare la normativa *antitrust* nazionale, tuttavia richiama la circostanza che la domanda della parte era fondata solo sulla normativa comunitaria. Al riguardo, occorre richiamare la recente vicenda trattata dal Giudice di pace di Bitonto, innanzi al quale un consumatore ha proposto l'azione di risarcimento dei danni subiti a seguito della realizzazione di un'intesa restrittiva della concorrenza tra alcune compagnie di assicurazione, intesa oggetto di accertamento da parte dell'AGCM nell'ambito di un procedimento ex art. 2 della legge n. 287/90. Il Giudice di pace, investito della causa ha adito la Corte di giustizia CE in sede di rinvio pregiudiziale sfociato nella nota sentenza del 13 luglio 2006, C-295/04 e C-298/04, *Manfredi*, già citata. Recentemente, in data 21 maggio 2007, il Giudice di pace di Bitonto ha reso la sentenza al consumatore riconoscendo il diritto al risarcimento del danno in attuazione dell'art. 81 TCE, affermando che tali conclusioni non sarebbero diverse anche in attuazione dell'art. 2 della legge

In ogni caso, chiarito l'obbligo di cui all'art. 3 del Regolamento, l'applicazione parallela del diritto *antitrust* comunitario e della normativa nazionale non può pregiudicare la prevalenza e l'effetto utile del primo. A questi fini, l'art. 3 del Regolamento prevede che: "Dall'applicazione della legislazione in materia di concorrenza non può scaturire il divieto di accordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri che non impongono restrizioni alla concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato, che soddisfano le condizioni dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato o che sono disciplinati da un regolamento per l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato...".

Il disposto dell'art. 3 par. 2 del Regolamento, limitatamente alle intese, codifica il c.d. obbligo di "convergenza" tra il diritto *antitrust* comunitario e il diritto *antitrust* nazionale e ciò in misura più ampia di quella affermata dalla giurisprudenza comunitaria in ossequio al principio dell'effetto utile e del primato del diritto comunitario. Prima del Regolamento era infatti soltanto pacifico che intese vietate dalla normativa comunitaria non potessero essere trasformate in lecite dalla normativa nazionale, mentre l'art. 3 del Regolamento giunge ad escludere che intese lecite ai sensi dell'art. 81 possano essere vietate in base alla legislazione nazionale²⁶.

n. 287/90. In altri termini, il Giudice di pace non si è ritenuto vincolato dalla base giuridica invocata dalle parti (l'art. 2 della legge n. 287/90, anziché l'art. 81 TCE) e ha dato luogo, in sostanza, ad una contestuale applicazione di entrambe le normative.

²⁶ Cfr. la Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisd., punto 6. L'art. 3 par. 2 riprende la giurisprudenza della Corte di giustizia 13 febbraio 1969, *Walt Wilhelm ed a.*, causa 14/68, Racc. 1969, I. Questa sentenza è stata resa in sede di rinvio pregiudiziale e trae spunto dallo svolgimento di procedimenti paralleli innanzi alla Commissione (per l'applicazione della normativa antitrust comunitaria) e innanzi ad una ANC (per l'applicazione

Tramite questa disposizione, si vuole in sostanza garantire che “dall’applicazione della legislazione nazionale non [possa] scaturire un risultato diverso da quello prodotto dall’applicazione dell’articolo 81 trattato CE. La conseguente convergenza delle norme applicabili agli accordi e alle pratiche di cui all’articolo 81 del trattato CE, la cosiddetta “parità di condizioni”, agevolerà le attività commerciali in Europa, oltre ad essere essenziale per il completamento del mercato interno e l’applicazione coerente del diritto comunitario della concorrenza, una volta che la Commissione abbia rinunciato al suo monopolio sulla concessione di esenzione ai sensi dell’articolo 81, paragrafo, 3 del trattato CE”²⁷.

Ciò deve essere, altresì, posto in connessione con l’art. 10 del Regolamento che consente alla Commissione di assumere decisioni vincolanti sull’inapplicabilità degli artt. 81 e 82.

Per contro, l’art. 3 par. 2 del Regolamento espressamente consente che i comportamenti unilaterali di un’impresa (gli abusi di

della legislazione nazionale in materia di intese): “...onde salvaguardare la finalità generale del trattato, tale applicazione parallela della disciplina nazionale è ammissibile solo in quanto non pregiudichi l’uniforme applicazione nell’intero mercato comune, delle norme comunitarie sulle intese e il pieno effetto dei provvedimenti adottati in applicazione delle stesse... Il Trattato CEE ha istituito un ordinamento giuridico a se stante, integrato nell’ordinamento giuridico degli Stati membri che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare ... in conflitti tra norma comunitaria e norma nazionale in materia d’intese, vanno risolti applicando il principio del primato del diritto comunitario” (pp. 4-6).

²⁷ Per quanto riguarda le ANC, L’art. 3 par. 2 del Regolamento è altresì rafforzato dal successivo art. 12 comma 2 in materia di scambio di informazioni tra la Commissione e le ANC nell’ambito della rete. Infatti, ivi è previsto che “le informazioni scambiate possono essere utilizzate come mezzo di prova soltanto ai fini dell’applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato ... Tuttavia qualora la legislazione nazionale in materia di concorrenza sia applicabile allo stesso caso e in parallelo al diritto comunitario in materia di concorrenza e non porti ad un risultato diverso, le informazioni scambiate ai sensi del presente articolo possono essere utilizzate anche per l’applicazione della legislazione nazionale in materia di concorrenza”.

posizione dominante) subiscano un trattamento più severo in base alle legislazioni nazionali. In sostanza, il Regolamento sembra ammettere che un comportamento unilaterale considerato non abusivo alla stregua dell'art. 82 TCE possa essere invece vietato sulla base dell'applicazione della normativa nazionale. Il Regolamento tratta, quindi, in termini diversi le intese e i comportamenti unilaterali: i primi, a differenza dei secondi, non possono essere trattati più severamente dalle normative nazionali.

Pur facendo salvi i principi generali ed altre disposizioni di diritto comunitario, l'art. 3 par. 3 del Regolamento prevede due diverse ipotesi in cui i par. 1 e 2 della stessa disposizione sopra descritti non si applicano: quando viene in rilievo l'applicazione della normativa nazionale in materia di controllo di fusioni e quando viene in rilievo l'applicazione di una normativa nazionale volta a perseguire interessi pubblici diversi dalla tutela della concorrenza²⁸.

c) Il primato delle decisioni della Commissione (art. 16 del Regolamento)

Mentre l'art. 3 è dedicato ai rapporti fra diritto nazionale diritto comunitario ed è volto a garantire che l'effetto utile del diritto comunitario non sia svuotato dall'applicazione del diritto interno, l'articolo 16 del Regolamento pone invece vincoli all'attività dei giudici (e delle ANC) nell'applicazione decentrata degli artt. 81 e 82 TCE.

Al riguardo, il Regolamento innova il quadro normativo prevedendo espressamente l'obbligo dei giudici di conformarsi al

²⁸ “Fatti salvi i principi generali ed altre disposizioni del diritto comunitario, i paragrafi 1 e 2 non si applicano quando le autorità garanti della concorrenza e le giurisdizioni degli Stati membri applicano la legislazione nazionale in materia di controllo delle fusioni, né precludono l'applicazione delle norme nazionali che perseguono principalmente un obiettivo differente rispetto a quello degli articoli 81 e 82 del trattato” (art. 3 par. 3); cfr. anche il 9° considerando del Regolamento.

diritto comunitario e, in particolare, alle decisioni della Commissione.

I giudici non possono assumere decisioni che siano in contrasto con quelle già adottate o in via di adozione da parte della Commissione²⁹.

Anche in questo caso, il Regolamento recepisce i principi giurisprudenziali affermati sotto la vigenza del Regolamento n. 17/62³⁰.

Sono vincolanti per i giudici, come per le ANC, le decisioni di constatazione ed eliminazione delle infrazioni (art. 7 del Regolamento) nonché di inapplicabilità degli artt. 81 e 82 TCE di cui all'art. 10 del Regolamento.

È bene rilevare che a seguito della Modernizzazione la Commissione si avvale delle decisioni sugli impegni (art. 9 del Regolamento), vale a dire quelle decisioni che – senza accertare l'esistenza di un'infrazione – rendono vincolanti gli impegni presentati dalle parti. La finalità di questo strumento è una rapida definizione del procedimento con l'adozione di misure che dovrebbero comunque rimuovere i problemi *prima facie* riscontrati sul mercato. Il Regolamento chiarisce che queste decisioni – proprio perché non contengono un accertamento – non sono vincolanti per i giudici (come per le ANC).

La Commissione non è, invece, vincolata da una decisione emessa dal giudice nazionale in forza degli articoli 81 e 82 del

²⁹ Art. 16 par. 1 del Regolamento n. 1/2003: “Quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 81 o 82 del trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione”.

³⁰ Cfr. Corte di giustizia, sent. 28 febbraio 1991, C-234/89, Racc. I-935 (Delimitis), Corte di giustizia 14 febbraio 2000, C-344/98, *Masterfood*, in Racc. 2000, I-11369, spec. punto 52, Corte di giustizia, sent. 29 aprile 2004, C-418/01, Racc. *IMS Health*.

Trattato ed ha quindi il potere di adottare, in qualsiasi momento, una decisione su casi individuali in contrasto con precedenti nazionali³¹.

Si può, quindi, verificare il caso in cui il giudice nazionale sia posto di fronte alla scelta tra adottare una decisione conforme ai precedenti nazionali, in contrasto con la decisione della Commissione oppure adottare una decisione conforme alla decisione della Commissione, in contrasto il precedente nazionale.

Al riguardo la sentenza *Masterfood* già citata ha chiarito che il principio di leale cooperazione dei giudici verso le istituzioni comunitarie, impone ai giudici di adottare una decisione conforme al precedente della Commissione. Qualora il giudice sia convinto che la precedente decisione della Commissione, alla quale è fatto obbligo di conformarsi, sia illegittima e violi il diritto comunitario, il giudice nazionale dispone della possibilità di sollevare la questione innanzi alla Corte di giustizia in sede di rinvio (ex art. 234 TCE); oppure, nel caso in cui la decisione della Commissione sia a sua volta oggetto di ricorso innanzi al Tribunale di primo grado, il giudice può valutare l'opportunità di sospendere il giudizio sino alla pronuncia di una sentenza definitiva. In questi casi, in attesa della pronuncia degli organi giurisdizionali comunitari, il giudice nazionale può eventualmente adottare misure provvisorie a salvaguardia delle posizioni giuridiche dei singoli³².

È bene ricordare che per le giurisdizioni superiori, “avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno”, in caso di incertezza interpretativa sul diritto comunitario, o sulla validità degli atti compiuti dalle istituzioni della Comunità, l'art. 234 del TCE pone l'obbligo di rivolgersi alla Corte CE.

³¹ Cfr. Corte di giustizia del 14 febbraio 2000, C-344/98, *Masterfood*, cit.

³² Cfr. anche la Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giuris., punto 13.

Inoltre, l'art. 16 del Regolamento codifica la giurisprudenza maturata sotto la vigenza del Regolamento (CEE) n. 17/62 prevedendo, ai fini della certezza del diritto, la possibilità che i giudici nazionali sospendano il giudizio in corso, quando analoga fattispecie è oggetto di valutazione da parte della Commissione. Come si ricorderà, l'avvio del procedimento da parte della Commissione priva le ANC della competenza ad intervenire su un caso analogo; nei confronti dei giudici, l'effetto dell'avvio del procedimento da parte della Commissione sui giudizi nazionali è, dunque, diverso dando luogo soltanto alla possibilità e non all'obbligo di sospensione³³. In altri termini, il Regolamento esclude lo svolgimento di procedimenti paralleli, da parte della Commissione e delle ANC in seno alla rete e fondati sull'applicazione della normativa *antitrust* comunitaria, mentre ammette lo svolgimento di procedimenti paralleli tra Commissione e giudici³⁴. Ciò è da porsi in stretta connessione con la circostanza che l'intervento dei giudici è finalizzato a garantire i diritti dei singoli, ponendosi in termini di complementarietà e non di alternatività con quello della Commissione.

È evidente tuttavia che, al fine di evitare contasti tra decisioni, il Regolamento incentiva, ed a tal fine introduce, lo strumento della sospensione dei procedimenti da parte dei giudici, con significative interferenze nelle regole procedurali accolte nei diversi Stati membri.

³³ Già la giurisprudenza, sotto la vigenza del Regolamento (CEE) n. 17/62, aveva affermato che i giudici rimangono competenti ad applicare gli allora artt. 85, n. 1 e 86 del Trattato, anche dopo che la Commissione ha instaurato un procedimento a norma degli artt. 2, 3 o 6 del Regolamento n. 17, mettendo in evidenza la possibilità che il giudice nazionale, "se lo ritenga necessario ai fini della certezza del diritto, può sospendere il procedimento in sede nazionale, in attesa dei risultati della Commissione", cfr. sentenza 30 gennaio 1974, C-127/73, *BRT I*, cit.

³⁴ Parimenti, è ammessa la possibilità di procedimenti paralleli tra giudici e ANC.

La sospensione è, infatti, funzionale a garantire l'obbligo da parte dei giudici di non assumere decisioni contrastanti con quelle che sono in via di adozione da parte della Commissione in un procedimento avente la stessa fattispecie³⁵. In senso contrario, è agevole richiamare che la sospensione ritarda il soddisfacimento dell'esigenza di tutela che proprio con l'azione giudiziaria si intende far valere³⁶. La sospensione può essere, quindi, superflua, quando il giudizio verta su fatti la cui valutazione si inserisce in una giurisprudenza consolidata e pertanto sia ragionevole anticipare la decisione della Commissione.

La facoltà da parte dei giudici di sospendere il giudizio in caso di procedimento pendente innanzi alla Commissione può non essere di agevole applicazione. Al riguardo, si osserva che l'art. 296 del c.p.c. prevede che "Il giudice istruttore, su istanza di tutte le parti, può disporre che il processo rimanga sospeso per un periodo non superiore ai quattro mesi". In ogni caso, a fronte di un'eventuale sospensione del giudizio, la Commissione "farà il possibile per dare la precedenza ai casi per i quali ha deciso di avviare un procedimento ai sensi ... che sono oggetto di procedimenti nazionali rimasti di conseguenza sospesi, soprattutto quando ne dipenda l'esito di una controversia civile"³⁷.

4. Le forme di cooperazione tra la Commissione, le ANC e i giudici nazionali

Come anticipato, i giudici nazionali non fanno parte di quella rete (ECN) che caratterizza, con vincoli operativi ben più incisivi, i rapporti tra la Commissione e le ANC (a titolo esemplificativo,

³⁵ Obbligo già affermato nella sentenza Corte di giustizia 28 febbraio 1991, C-234/89, *Delimitis*, cit.

³⁶ M. SCUFFI, *I riflessi ordinamentali...*, cit.

³⁷ Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giuris., punto 12.

diversamente da quanto è previsto in seno all'ECN, la Commissione non ha il potere di avocare un procedimento in corso innanzi ad un giudice e quest'ultimo non ha il dovere di "avvertire" la Commissione ogni qualvolta inizia un procedimento giurisdizionale che vede l'applicazione degli articoli 81 e 82 TCE o in prossimità di chiusura dei procedimenti)³⁸.

Ciò non di meno, "L'applicazione coerente delle regole di concorrenza richiede inoltre l'istituzione di meccanismi di cooperazione fra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri. Ciò vale per tutte le giurisdizioni degli stati membri che applicano gli articoli 81 e 82 del trattato, a prescindere dal fatto che applichino tali regole in controversie tra privati o agendo in quanto autorità pubbliche di esecuzione o in quanto giurisdizioni di ricorso" (Reg. Considerando n. 21).

Il Regolamento, unitamente ad un'apposita Comunicazione della Commissione, compongono il quadro circa le forme di cooperazione tra i giudici e la Commissione³⁹. Questa cooperazione è, altresì, da porsi in stretto collegamento con l'art. 10 del Trattato CE in merito al reciproco dovere di leale collaborazione.

Il Regolamento n. 1/2003 dedica l'art. 15 par. 1 all'individuazione delle forme di cooperazione tra la Commissione, le ANC e i giudici nazionali⁴⁰. Anche in questo caso, come nelle più

³⁸ Fatto salvo il caso, che tuttavia non riguarda l'ordinamento nazionale italiano, nel quale in giudice non sia investito della funzione di ANC. Per una più ampia disamina delle regole di funzionamento della rete ECN e dei reciproci obblighi tra ANC e la Commissione si rinvia a G. ROMANO, *La messa in opera delle norme antitrust*, in A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, *La concorrenza*, cit.

³⁹ L'applicabilità diretta degli articoli (allora) 85 e 86 TCE da parte dei giudici aveva indotto la Commissione a pubblicare una comunicazione, nel 1993, sulla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione nell'applicazione di predetti articoli (GUCE C 39 del 13 febbraio 1993), oggi sostituita dalla Comunicazione (2004/C 101/04), cit.

⁴⁰ Sulle forme di cooperazione del Regolamento e sui riflessi nell'ordinamento nazionale v. per tutti M. SCUFFI, *I riflessi ordinamentali...*, cit. È bene rilevare che

stringenti forme di cooperazione stabilite nell'ambito dell'ECN, un ruolo fondamentale è svolto dallo scambio di informazioni e da forme di consultazione.

In primo luogo, i giudici nazionali possono richiedere informazioni di varia natura e pareri alla Commissione (art. 15, par. 1 del Regolamento). Così facendo la Commissione viene a prestare assistenza ai giudici nazionali nello svolgimento dei propri procedimenti e si pone come *amicus curiae*⁴¹. Tale attività da parte della Commissione non appare, comunque, vincolante per il giudice⁴².

La richiesta di informazioni riguarda prevalentemente l'eventuale svolgimento da parte della Commissione di procedimenti avente oggetto in tutto o in parte analogo a quello pendente innanzi ai giudici (tempi della procedura della Commissione e documentazione inerente alla stessa). Le informazioni richieste saranno rilasciate dalla Commissione entro un mese dalla richiesta⁴³. La Commissione può rifiutarsi di inviare le informazioni richieste solo nel caso in cui il giudice non offra idonee garanzie sulla circostanza che le informazioni riservate ricevano adeguata tutela, nonché per "preminenti motivi attinenti alla necessità di salvaguardare i suoi interessi o di evitare che siano compromessi il funzionamento e l'indipendenza della Comunità, in particolare

anche la facoltà del giudice, prevista dall'art. 16 del Regolamento, di sospendere il giudizio in corso si innesca nell'ambito della cooperazione tra Commissione e giudici nazionali (v. paragrafo precedente).

⁴¹ Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giuris., punto 17.

⁴² Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giuris., punto 19.

⁴³ Comunicazione della Commissione sulla cooperazione con i giudici, già citata (punto 22).

pregiudicando l'assolvimento dei compiti affidatole"⁴⁴.

È stato rilevato che la forma di cooperazione sopra richiamata può essere posta in collegamento con l'art. 213 c.p.c. ove è previsto che "...il giudice può richiedere d'ufficio alla pubblica amministrazione le informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione stessa, che è necessario acquisire al processo".

Tuttavia, nel caso, in esame l'autorità coinvolta sarebbe estranea all'ordinamento italiano e questa "estraneità potrebbe superarsi solo in un'ottica già federalista dell'Unione europea, in cui l'ordinamento italiano diventa parte di quello comunitario e pertanto la Commissione è organo anche italiano"⁴⁵.

Per contro, indipendentemente dalle forme di cooperazione previste dal Regolamento n. 1/2003, si ha evidenza dell'iniziativa del giudice, ex art. 213 c.p.c. appena richiamato, di richiedere documenti in possesso dell'AGCM in merito a procedimenti conclusi con provvedimento finale.

Oltre a richiedere informazioni, i giudici potranno richiedere alla Commissione pareri in merito a questioni relative all'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie. Verosimilmente, fatta salva la facoltà di nomina di consulenti, tale facoltà potrà essere utile per gli aspetti di natura prevalentemente economica, non essendo prevalsa la tesi di chi auspicava che nelle nostre corti giudicanti partecipassero collegi misti di giudici ed

⁴⁴ Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giuris., punto 26.

⁴⁵ A. FRIGNANI, *La messa in opera delle norme antitrust comunitarie (il Regolamento 1/2003 e suoi riflessi nel diritto italiano)*, in *Il diritto industriale*, 2004, pp. 457-468. Tuttavia, M. SCUFFI, *L'istruttoria nei giudizi antitrust...*, cit., rileva che questo strumento è immediatamente fruibile da parte del giudice ordinario, stante anche l'informalità dello stesso e richiama al riguardo App. Milano 7 marzo 2005, *Mail Express c. Poste Italiane*.

economisti⁴⁶. La Commissione rilascia detto parere entro quattro mesi dalla richiesta e può innescarsi uno scambio di richieste reciproche.

Ad oggi risultano pervenute alla Commissione tredici richieste di parere, delle quali sei dalla Spagna, quattro dal Belgio, una dalla Svezia, una dalla Lituania e una dall'Olanda. Risultano invece pervenute otto richieste di informazioni, di cui cinque dalla Spagna, una dalla Germania, una dal Belgio e una dalla Francia. I due strumenti sono stati cumulati in tre casi, tutti provenienti dalla Spagna⁴⁷.

La possibilità per i giudici di richiedere informazioni e pareri alla Commissione è da porsi in stretta connessione con l'obbligo dei giudici di non adottare decisioni contrastanti della Commissione, anche nel caso in cui il procedimento della Commissione sia ancora in corso⁴⁸. È tuttavia importante che sia chiaro il confine tra gli

⁴⁶ Su questi temi v. M. TAVASSI, *op. cit.*; M. SCUFFI, *L'istruttoria nei giudizi antitrust...*, cit., che evidenzia come in alcuni giudizi potrebbe essere necessario "approfondire e/o integrare sul piano probatorio le reciproche allegazioni con rilevazioni tecniche più pregnanti per pervenire ad una corretta decisione sulla esistenza e consistenza della fattispecie denunciata sub specie di intesa o di abuso di posizione dominante sul mercato. Le rilevazioni tecniche – che trascendono la mera logica giuridica – difficilmente sono ovviabili dall'esperienza del giudice che in genere non è in grado di formare il suo libero convincimento su analisi economiche e stime di mercato indispensabili per valutare la portata del fenomeno anticoncorrenziale e le sue ripercussioni sul mercato. Tra gli strumenti utilizzabili allo scopo, per conseguire un risultato giudiziario che non sia solo judicially correct ma anche technically adequate, possono annoverarsi: le richieste di informazioni ed i pareri; le osservazioni; la consulenza tecnica".

⁴⁷ Su questi aspetti, sebbene con dati non aggiornati, cfr. la relazione della Commissione sulla politica della concorrenza riferita all'anno 2005, relazionabile sul sito web della DGCOMP, spec. punti 219 e ss.

⁴⁸ Sentenza della Corte C-234/89, del 28 febbraio 1991, *Delimitis*: "...il giudice nazionale ha sempre la possibilità ... di informarsi presso la Commissione sullo stato del procedimento che detta istituzione avesse eventualmente iniziato e sulla probabilità che la stessa si pronunciasse ufficialmente... Il giudice può nelle medesime condizioni, contattare la Commissione qualora l'applicazione concreta dell'art. 85,

strumenti di cooperazione fra giudici e Commissione (appunto codificati nel Regolamento) e lo strumento principe di cooperazione tra giudici comunitari e nazionali, vale a dire il rinvio pregiudiziale. Tale confine può essere rinvenuto tenendo presente che è soltanto la Corte CE ad avere l'ultima parola in merito all'interpretazione del diritto comunitario, mentre il ruolo della Commissione appare più funzionale a coadiuvare il giudice nell'analisi di tipo economico spesso essenziali nelle fattispecie *antitrust*⁴⁹.

A prescindere da un'iniziativa del giudice, la Commissione e le ANC, agendo d'ufficio, possono presentare osservazioni scritte alle giurisdizioni nazionali dei rispettivi Stati membri in merito a questioni relative all'applicazione dell'articolo 81 e 82 TCE⁵⁰. Le stesse possono anche presentare osservazioni orali ma soltanto previa autorizzazione della giurisdizione competente.

La Commissione può presentare le predette osservazioni, che consisteranno principalmente nell'analisi economica e giuridica dei fatti sui cui verte la causa, soltanto al fine di garantire l'applicazione uniforme degli articoli 81 e 82. Come già evidenziato precedentemente in ordine alla richiesta di informazioni, dall'obbligo di assistenza della Commissione di rilasciare il parere, scaturisce un dovere in senso inverso da parte del giudice di fornire alla Commissione tutte le informazioni e la documentazione necessaria a che la Commissione si possa esprimere. Al riguardo si ha notizia di un solo caso in cui la Commissione abbia rivestito questo ruolo⁵¹. Si

n. 1, o dell'art. 86 sollevi particolari difficoltà al fine di ottenere dati economici e giuridici che detta istituzione è in grado di fornirgli" (punto 53).

⁴⁹ Si ricordi che all'interno della DG Comp vi sono numerosi funzionari aventi specifiche competenze economiche, oltre il *chief economist*.

⁵⁰ Con riguardo alle ANC, il Regolamento lascia impregiudicate le normative nazionali che prevedono forme di cooperazione più ampie di quella introdotta dal Regolamento stesso.

⁵¹ Nel 2005, la Commissione non si è avvalsa di questo strumento; cfr. la relazione cit.

tratta di un giudizio innanzi alla Corte di appello di Parigi tuttora in corso. Con riferimento all'AGCM, quest'ultima non si è ancora avvalsa di questo strumento, che è stato accostato al poter di intervento del PM, in ogni causa in cui ravvisi un pubblico intervento (c.p.c.)⁵².

Si evidenzia che, al fine di accrescere la trasparenza e l'efficacia dell'intervento *antitrust*, la Commissione ha chiarito che verrà data reciproca informativa tutte le volte che entrano in funzione i meccanismi di cui all'art. 15 del Regolamento (ad esempio, l'ANC verrà informata del rilascio di osservazioni da parte della Commissione nel corso di un giudizio). Inoltre, una volta terminato il giudizio in cui il parere s'inserisce, quest'ultimo verrà reso pubblico sul sito web della Commissione⁵³.

A chiusura dei giudizi, "Gli Stati membri trasmettono alla Commissione copia delle sentenze scritte delle giurisdizioni nazionali competenti a pronunciarsi sull'applicazione dell'articolo 81 o dell'articolo 82 del trattato. La copia è trasmessa senza indugio dopo che il testo integrale della sentenza scritta è stato notificato alle parti" (art. 15 par. 2). Ciò consente via via una maggiore circolazione dei precedenti adottati in sede decentrata e la creazione di un diritto comune della concorrenza. Inoltre, il rispetto di questo obbligo "consente alla Commissione di essere tempestivamente informata in merito ai casi sui quali sarebbe opportuno che essa presentasse osservazioni qualora una delle parti ricorresse contro la sentenza"⁵⁴. Non è incoraggiante constatare che l'Italia è uno dei Paesi che ha lasciato questa disposizione inattuata (ciò può essere agevolmente

⁵² M. SCUFFI, *L'istruttoria nei giudizi antitrust...*, cit.

⁵³ Cfr. la relazione sulla politica della concorrenza, 2005, cit., punto 220 e ss.

⁵⁴ Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giuris., punto 37. Sino al 2005, la Commissione aveva ricevuto 54 sentenze di cui la maggiore parte riguardano azioni di risarcimento danni, cfr. la relazione della Commissione cit.

verificato dal sito internet DGCOMP).

Il Regolamento non prevede regole procedurali sulle modalità attraverso cui le forme di cooperazione descritte nel presente paragrafo, unitamente alla facoltà di sospensione dei giudizi di cui al paragrafo precedente, si possano esplicare. Tuttavia, l'impatto del Regolamento è immediato, o dovrebbe essere tale, anche in assenza di una normativa interna di recepimento: "Queste disposizioni del diritto comunitario prevalgono sulle disposizioni di diritto nazionale". In altri termini, a tali fini varranno le disposizioni nazionali e, ove queste presentino sul punto lacune, spetterà ai giudici predisporre le necessarie misure⁵⁵. Al riguardo, preme rilevare che, sebbene la giurisprudenza comunitaria aveva evidenziato alcune misure oggi codificate, era comunque fatto salvo il rispetto dei limiti del diritto nazionale processuale applicabile⁵⁶. Sarebbe, pertanto, quanto mai auspicabile che l'ordinamento italiano si dotasse delle opportune misure normative per colmare un'importante lacuna.

Infine, per completezza, solo un cenno ad un'altra forma di cooperazione che può innescarsi tra Commissione e giudici, questa volta nell'ambito dei procedimenti della Commissione in relazione all'attività ispettiva di questa ultima. Nel caso di ispezione nei locali di un'impresa, gli ordinamenti nazionali possono richiedere che vi sia un'autorizzazione giudiziaria perché la forza pubblica possa

⁵⁵ Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisd., p. 9., cfr. A. FRIGNANI, *La messa in opera delle norme antitrust comunitarie (il Regolamento 1/2003)*, che osserva come il Regolamento venga a delineare strumenti e regole procedurali che interferiscono sulle legislazioni nazionali in materia di procedimenti giurisdizionali e ciò potrebbe arrivare a toccare i principi fondamentali adottati nei singoli ordinamenti interni, improntati al principio della separazione dei poteri.

⁵⁶ Cfr. Corte di giustizia, del 28 febbraio 1991, C-234/89, *Delimitis*, cit. spec. punto 53 in ordine alla possibilità dei giudici di rivolgersi alla Commissione.

intervenire per aiutare la Commissione a superare l'eventuale opposizione dell'impresa interessata. Per le ispezioni in locali diversi da quelli delle imprese (es. domicilio di dirigenti), l'ispezione della Commissione deve essere proceduta da un'autorizzazione preliminare. In entrambi i casi, il giudice deve prestare tutta la necessaria collaborazione affinché la Commissione possa svolgere i propri compiti istituzionali⁵⁷.

5. I giudici nazionali e l'AGCM

Preliminarmente, occorre precisare che quanto precedentemente esposto in tema di applicazione diretta della normativa *antitrust* comunitaria vale indistintamente per tutti gli organi giurisdizionali nazionali (giudici civili, penali e amministrativi). Unanimemente è tuttavia riconosciuto che sono soprattutto i giudici civili ad essere chiamati in causa soprattutto con riferimento alle azioni di risarcimento del danno. Vale qui richiamare quanto ricordato in apertura circa il ruolo complementare dell'AGCM e dei giudici ordinari: il *public* ed il *private enforcement*.

La dicotomia appena richiamata si riflette nell'art. 33 della legge n. 287/90. Questa disposizione prevede che il giudice amministrativo (TAR Lazio e Consiglio di Stato) abbia la giurisdizione esclusiva sui provvedimenti emanati dall'AGCM, svolgendo, quindi, il ruolo di controllore giurisdizionale sui provvedimenti dell'AGCM⁵⁸. Mentre al giudice ordinario spettano le azioni a tutela dei diritti dei singoli.

⁵⁷ Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giuris., punto 38 e ss. Cfr. art. 21 del Regolamento che ha ampliato i poteri di indagine della Commissione, consentendole di reperire la documentazione di rilievo anche presso il domicilio dei dirigenti e dei collaboratori delle imprese, subordinandolo all'autorizzazione dell'autorità giudiziaria.

⁵⁸ È pacifico in giurisprudenza che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si estende alla materia delle sanzioni che, altrimenti, in base alla legge n. 689/1981 spetterebbe al giudice ordinario. La Corte di Cass. Sez. Unite ha

a) Il rapporto tra i procedimenti giurisdizionali ordinari e i procedimenti dell'AGCM

In primo luogo, giova rilevare che l'AGCM costituisce il naturale interlocutore dei giudici ordinari, sia con riferimento all'applicazione della normativa *antitrust* nazionale che di quella comunitaria, ciò in quanto la “sempre più stretta cooperazione tra Authority e Commissione nell'applicazione degli artt. 81 ed 82 del Trattato, eventualmente in combinazione con le norme interne in materia di concorrenza ... pone l'Autorità Garante come virtuale interlocutore anche del giudice ordinario”⁵⁹.

Il dialogo tra giudici e AGCM, spesso, è indiretto perché attuato, nel corso del procedimento civile, attraverso la produzione in atti, da parte delle imprese interessate, della documentazione del procedimento innanzi all'AGCM. Tale dialettica può essere anche diretta sia attraverso l'art. 213 c.p.c., già utilizzato nella prassi, sia attraverso gli strumenti del Regolamento 1/2003 (osservazioni da parte dell'AGCM). Il Regolamento 1/2003, sebbene focalizzato più sul rapporto Commissione/giudici, può avere un effetto di stimolo anche nei rapporti tra AGCM e giudici. Anzi, l'auspicio è che questa dialettica tra AGCM e giudici possa accrescersi, a giovamento dell'efficacia dell'intervento *antitrust*, pur nel rispetto dei propri ruoli e delle proprie funzioni.

Infatti, i rispettivi interventi dei giudici ordinari e dell'AGCM sono autonomi e indipendenti l'uno dall'altro, sia con riferimento all'applicazione della normativa nazionale che di quella

più volte affermato questo principio, cfr. anche la sentenza n. 8882/05 già citata (originata dal provvedimento dell'AGCM che imponeva una sanzione a numerose compagnie assicurative per violazione dell'art. 2 della legge n. 287/90, v. anche Cass. Sez. unite n. 52/1994).

⁵⁹ M. SCUFFI, *L'istruttoria nei giudizi antitrust...*, cit.

comunitaria⁶⁰. Il giudice può decidere in assenza di un provvedimento dell'AGCM che accerta un abuso o un'intesa restrittiva della concorrenza, e nel caso in cui siffatto provvedimento vi sia, il giudice può discostarsene⁶¹. Ciò anche nel caso in cui il provvedimento dell'AGCM riguardi l'applicazione decentrata degli artt. 81 e 82 TCE, mentre a fronte di una decisione della Commissione il giudice sarebbe vincolato a non arrivare a conclusioni incompatibili⁶². Al di là di uno specifico obbligo in tal senso, è opportuno osservare che, a quanto consta, salvo rarissimi casi, il giudice, in presenza di uno specifico provvedimento dell'AGCM è giunto a conclusioni coerenti con gli accertamenti dell'Autorità; tale esito appare quanto mai auspicabile poiché in caso contrario verrebbe compromessa la coerenza complessiva del sistema.

Giova inoltre rilevare che, sebbene non via siano ostacoli giuridici a che, nel nostro ordinamento, siano promosse azioni di risarcimento danni indipendentemente dalla sussistenza di un provvedimento dell'AGCM, le c.d. azioni *stand alone*, spesso i giudizi innanzi ai giudici ordinari sono promossi a seguito di siffatto intervento. Infatti, spesso accade che i provvedimenti dell'AGCM forniscono ai giudici elementi fattuali utili che agevolano lo svolgimento dei propri compiti⁶³. Si deve rilevare che nell'accertamento dell'esistenza di un'infrazione *antitrust*, sia essa in

⁶⁰ Sull'autonomia dei rapporti fra azione amministrativa e giudiziaria cfr. M. TAVASSI, M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998, e M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice civile nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. Comm.*, 1998.

⁶¹ Cfr. M. LIBERTINI, *op. cit.*, il quale aveva auspicato che ai provvedimenti dell'AGCM che accertano un illecito fosse riconosciuta un'efficacia vincolante. Sul punto vedi anche il Libro verde della Commissione cit.

⁶² In altri Stati membri, il legislatore è intervenuto sulla materia, per una ricognizione delle soluzioni normative più innovative, cfr. P. CASSINIS, *op. cit.*

⁶³ M. SCUFFI, *L'istruttoria nei giudizi antitrust...*, cit.

violazione della normativa nazionale che di quella comunitaria, l'aspetto più delicato e la ricostruzione di un corretto apparato probatorio. A questi fini, il giudice ordinario ha minori poteri d'indagine dell'AGCM e, in ogni caso, sono oramai molto rari i casi c.d. di *smoking guns*⁶⁴. Al riguardo si deve notare che l'AGCM, diversamente dai giudici, ha dei poteri di indagine che possono risultare determinanti per l'accertamento dell'infrazione. Rimane poi impregiudicato, invece, il diverso problema della prova del nesso causale fra l'infrazione e i danni asseriti. La proficua complementarietà dei due interventi deve tuttavia tenere in conto della diffusione delle decisioni con impegni, dove manca l'accertamento dell'infrazione. Al riguardo si osserva che in linea di massima questo tipo di decisioni non andrebbero adottate nel caso di infrazioni particolarmente gravi (c.d. *hard core cartels*).

Infine, vale osservare che la complementarietà delle funzioni AGCM/giudici nazionali di cui anche da ultimo si è fatto cenno, in alcuni casi sconfina in una potenziale sovrapposizione di interventi e ciò può mettere "in concorrenza" le diverse forme di tutela, a tutto beneficio di una maggiore efficacia dell'intervento *antitrust*. Anche il giudice nazionale, infatti, può comunque incidere sugli assetti del mercato, rendendo meno netta, non tanto da un punto di vista teorico quanto pragmatico, la distinzione dei ruoli con l'AGCM. Ciò si verifica ad esempio in caso di provvedimenti cautelari e di inibitorie in cui l'ordine impartito dal giudice può incidere direttamente sulle condotte dell'autore dell'infrazione⁶⁵.

⁶⁴ M. SCUFFI, *L'istruttoria nei giudizi antitrust...*, cit., il quale tra l'altro osserva come sia di rilievo lo strumento delle presunzioni basate su indizi gravi, precisi e concordanti.

⁶⁵ Proprio in materia di provvedimenti cautelari, si deve ricordare che la legge n. 248/2006 ha attribuito espressamente all'AGCM il potere di adottare misure cautelari, sia nell'applicazione della normativa nazionale che comunitaria. L'uso dei poteri cautelari dell'AGCM era già comunque stato riconosciuto legittimo

b) Riparto di competenze tra i giudici ordinari

Come osservato da più parti, l'attuale sistema di riparto di competenze dei giudici ordinari nell'applicazione della normativa nazionale e comunitaria suscita dei problemi di rilievo che rischiano di compromettere l'efficacia dell'intervento *antitrust*.

Come noto, le azioni di nullità e di risarcimento del danno e i ricorsi sui provvedimenti d'urgenza, fondati sulla violazione degli artt. 2 e 3 della legge n. 287/90 (rispettivamente, intese restrittive della concorrenza e abusi di posizione dominante), devono essere promossi davanti alla corte d'appello competente per territorio⁶⁶. L'art. 33, concentrando le competenze presso le corti d'appello, era volto, almeno in parte, a creare un giudice specializzato in materia di contenzioso *antitrust*, ciò soprattutto in ragione della specificità della materia che richiede spesse nozioni di natura economica.

Tuttavia, è altrettanto noto che l'art. 33 della legge n. 287/90 non riguarda le azioni di nullità, con conseguente richiesta di risarcimento danni, e i procedimenti cautelari fondati sull'applicazione degli articoli 81 e 82 TCE, giudizi che sono, pertanto, proposti innanzi al giudice competente per valore della causa (Giudice di pace e Tribunali)⁶⁷. Inoltre, come è stato osservato,

dall'giudice amministrativo anche prima della formale codificazione della legge n. 248/2006 (caso Merk, A364).

⁶⁶ Tra i provvedimenti d'urgenza sono stati anche inclusi i provvedimenti inibitori, cfr. Corte d'Appello di Roma, ordinanza 16 agosto 2000; per una disamina dei casi più interessanti cfr. M. TAVASSI, *Quale ruolo per i giudici...*, cit.; cfr. anche Corte d'Appello di Milano, ordinanza 16 maggio 2006, che concede un'inibitoria in via d'urgenza.

⁶⁷ Cfr. M. TAVASSI, *Quale ruolo per i giudici...*, cit., che ricostruisce il dibattito in dottrina che si era sviluppato in ordine alla tesi in base alla quale la competenza della Corte di Appello sussisteva solo in presenza di provvedimento dell'AGCM. Proprio in applicazione della normativa comunitaria cfr. la recente sentenza del Giudice di pace di Bitonto già citata che ha fatto seguito alla sentenza della Corte di giustizia Ce, *Manfredi*, richiamata in precedenza. La sentenza del Giudice di Bitonto, originata da una domanda fondata sull'art. 2 della legge n. 287/90, e non

i tribunali hanno, altresì, la competenza su materie contigue a quelle disciplinate della legge n. 287/90, quali quelle del settore delle comunicazioni e televisivo, nonché l'abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 della legge n. 192/1998⁶⁸.

Al riguardo, è stata da più parti criticata l'incoerenza tra la centralizzazione dell'applicazione della legge n. 287/90 nelle corti di appello *versus* la frammentazione dell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza tra tutti i giudici. Questa frammentazione rischia oggi di essere ancora più problematica se si richiama l'obbligo, in capo i giudici, nazionali di applicare contestualmente la normativa comunitaria e quella nazionale, ai sensi dell'art. 3 del Regolamento⁶⁹. È difficile immaginare come ciò sia possibile quando sono giudici diversi ad essere competenti. Da più parti si è, quindi, auspicato di unificare le competenze sopra richiamate⁷⁰.

Una rapida definizione del riparto di competenze acquista ancora più rilievo nel contesto attuale. Infatti, la Corte di Cassazione ha affermato che la legittimazione a richiedere il risarcimento del danno per violazione della normativa *antitrust* non soltanto – come è

sull'art. 81 TCE, appare superare il riparto di competenze dei giudici ordinari nell'applicazione della normativa *antitrust* nazionale e comunitaria, riparto conseguente all'art. 33 della legge n. 287/90 descritto nel testo.

⁶⁸ Su questi temi v. M. SCUFFI, *I riflessi ordinamentali...*, cit., il quale, tra l'altro, osserva che, in caso di giudizi contestuali innanzi a giudici diversi potrebbe dare luogo ad un'ipotesi di sospensione fondata sull'art. 295 c.p.c., cfr. anche M. TAVASSI, *op. cit.*

⁶⁹ Un giudizio critico sulla frammentazione delle competenze non muta anche nella prospettiva dell'art. 1 della legge n. 287/90 che si muove in una logica non di applicazione contestuale, bensì di applicazione alternativa della normativa comunitaria rispetto a quella nazionale. Infatti, il giudice al quale si è proposta l'azione dovrebbe essere posto nelle condizioni di potere applicare alternativamente la legge *antitrust* nazionale o quella comunitaria.

⁷⁰ M. SCUFFI, *I riflessi ordinamentali...*, cit. propone una riunificazione delle competenze *antitrust* eventualmente in capo alle sezioni specializzate istituite in materia di proprietà intellettuale.

da sempre pacifico – in capo agli operatori del mercato, concorrenti lesi dall'illecito *antitrust*, ma anche in capo al consumatore⁷¹. Analogo trattamento ha l'azione restitutoria di cui all'art. 2033 c.c. In entrambi i casi, in presenza di violazioni della legge n. 287/90 resta ferma la competenza della Corte di Appello di cui all'art. 33 sopra citato. La più recente giurisprudenza ha, quindi, ampliato i soggetti legittimati a chiedere tutela giurisdizionale sui diritti dei singoli, potenziando ulteriormente il ruolo del giudice ordinario nell'applicazione del diritto *antitrust*.

⁷¹ Cfr. Cass. Sez. Unite, n. 2207/2005, in senso contrario cfr. Cass. n. 1745/2002. La sentenza Cass. Sez. Un. 2207/2005 è, tra l'altro, pubblicata in *Dir. Ind.*, 2005, 185 e ss., con commento di Vincenzo Colangelo. Tra le sentenze comunitarie, corre l'obbligo di richiamare la recente sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 2006, C-295/04 e C-298/04, *Manfredi*, già citata e originata dal rinvio pregiudiziale effettuato dal Giudice di pace di Bitonto. Come già rilevato, in data 21 maggio 2007, il Giudice di pace di Bitonto ha reso la sentenza al consumatore riconoscendo il diritto al risarcimento del danno e quantificando quest'ultimo in un'entità "tale da rendere certo l'annullamento di qualsiasi vantaggio economico tratto da un soggetto partecipe di un'intesa anticoncorrenziale o di una pratica concordata vietata...".

L'ILLECITO ANTITRUST COMUNITARIO: STRUTTURA - FONDAMENTO GIURIDICO- ECONOMICO DELL'ART. 81 CE

Simone Gambuto

SOMMARIO: *1. Premessa - 2. I destinatari del divieto dell'art. 81 - 3. Accordi, pratiche concordate, decisioni di associazioni di imprese - 4. Il confine tra lecito ed illecito: cosa si intende per oggetto o effetto anticoncorrenziale dell'intesa.*

1. Premessa

È molto complesso illustrare i fondamenti dell'art. 81 CE in poco più di mezz'ora, perciò ritengo utile evidenziare soltanto i suoi aspetti più interessanti per una platea tanto prestigiosa.

Il fondamento giuridico ed economico dell'antitrust, ed in particolare dell'art. 81 CE, è certamente molto originale e illustrarne la storia serve a comprenderne la struttura attuale¹.

Nel 1889 in Canada, e nel 1890 negli Stati Uniti, nascono le prime legislazioni antitrust volte tendenzialmente a contrastare le intese tra concorrenti e “gli atti di monopolizzazione” delle imprese. Con particolare riguardo agli Stati Uniti, la norma aveva lo scopo di tutelare la piccola impresa contro le grandi imprese che si andavano imponendo (soprattutto nel settore ferroviario) nell'immenso mercato interno americano.

L'antitrust era la sintesi paradigmatica della libertà individuale, del decentramento decisionale, e dell'efficienza del sistema capitalistico ed il suo il “braccio armato”.

Con libertà individuale si intendeva dare sostanza all'idea di J.S. Mill di tutela della capacità espressiva del singolo in

¹ Cfr. l'interessante articolo di M. GRILLO, *The theory and practice of antitrust*, presentato alla IX conferenza AISPE, Università di Padova, 15-17 giugno, 2006.

contrapposizione all'intervento (distributivo) dello Stato, visto quasi come diritto naturale dell'individuo². La certezza del diritto, delle regole, e la (minima) influenza dei poteri pubblici garantivano all'individuo la possibilità di esprimere al meglio le sue potenzialità.

Con il meccanismo di decisioni decentrate si difendeva anche la dinamica del modello di concorrenza perfetta che vede gli agenti come *price takers*, la cui quantità singola prodotta non influenza sensibilmente la quantità totale ed i prezzi che tendono ai costi marginali.

Il risultato era l'efficienza allocativa, che nel modello di concorrenza perfetta non necessita di altri istituti giuridici che non siano la proprietà ed il contratto.

Coscienti che il modello di concorrenza perfetta è minato da numerosi fallimenti del mercato, l'antitrust aveva lo scopo di rendere quanto più possibile la dinamica dei mercati con concorrenza imperfetta simile a quella del modello ideale. Attraverso una riduzione (*ex ante*) di alcune libertà individuali, nominalmente la libertà di aumentare pattiziamente il potere di mercato e/o di usarlo contro la dinamica del mercato stesso, se ne esaltava allo stesso tempo la funzione sociale e la sua giustificazione garantendo decentramento decisionale ed efficienza.

L'antitrust ha perciò rappresentato un modello radicalmente alternativo alla regolazione dei mercati, la quale risponde ai fallimenti del mercato accentrando le decisioni, e che è stata sperimentata con diversa intensità nell'Europa continentale e in Asia.

Al fine di esaltare il modello istituzionale basato sulla libertà individuale, efficienza e decentramento, occorre che il rapporto tra questi fosse sinergico e la prevedibilità *ex ante* delle condotte illecite fosse ben definita, al fine di non far scivolare la libertà individuale

² Sull'influenza del pensiero di von Humboldt su J.S. Mill rinvio a M. GRILLO, *op. cit.*, pag. 17.

milliana a livelli critici ed aumentare i poteri pubblici fino all'arbitrio. Il modello economico all'epoca ampiamente condiviso consentiva di costruire un argine all'arbitrio *ex post* del decisore pubblico. Lo strutturalismo identificava infatti in modo piuttosto preciso una *struttura di mercato* (tanti concorrenti *price takers*) come presupposto di una *condotta* (concorrenziale) per una *performance* efficiente (modello SCP).

In altri termini, era identificato in modo abbastanza dettagliato il confine tra lecito e illecito, il contenuto del contenente normativo della scarsa definizione normativa del diritto antitrust. Era stato perciò possibile identificare strutture di mercato e condotte subottimali *ex ante* e definire in negativo il perimetro di libertà individuale delle imprese.

Nel diritto europeo, la concorrenza ha poi assunto un ruolo fondamentale per la creazione del mercato unico ed il paradigma competitivo è stato inserito nel Trattato e imposto, benché con limiti ed eccezioni, anche all'agire dei governi degli Stati membri³. Il diritto della concorrenza europea ha avuto poi origini autoctone, rielaborando il modello sociale ordoliberal della scuola di Friburgo che, prima dell'avvento nazista, concepiva la concorrenza, ed il decentramento decisionale, come struttura economica a difesa della democrazia, contro il pericolo egemonico dei grandi cartelli industriali sviluppatosi nella Germania di inizio secolo. La concorrenza si identificava quindi anche come pietra angolare di una concezione sociale di democrazia fondata sulla piccola proprietà e il piccolo commercio⁴.

³ Sulla crisi del dogma del mercato unico v., da ultimo, Tribunale di primo grado, sentenza del 29 settembre 2006, causa T-168/01, *Glaxo*, non ancora in Raccolta.

⁴ D.J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford, 1998.

La scuola di Chicago ha messo in crisi questo modello istituzionale perché ha dimostrato la fallacia di alcune conclusioni della teoria economica strutturalista. In particolare si è messo in luce che, in mercati con crescenti economie di scala, la struttura decentrata può non generare efficienza, e i rapporti verticali tra le imprese non vanno studiati tanto in ottica concorrenziale quanto in quella di scelta del modello organizzativo di produzione industriale (*i.e.* la scelta di un modello efficiente di divisione sociale del lavoro). Sotto questo angolo visuale, tante preoccupazioni concorrenziali sui rapporti verticali delle imprese paiono destituite di fondamento.

La sintesi post Chicago ha operato un paziente lavoro di rielaborazione dell'economia industriale attraverso la teoria dei giochi ed ha offerto un contributo che offre dei vantaggi di possibili performance, ottimali o sub-ottimali, molto dipendenti dalle singole caratteristiche del caso specifico. Le variabili sono tali e tante però che i modelli teorici poco si adattano ai casi concreti e le loro conclusioni sono spesso dubbie.

In questo senso, il suo contributo alla “certezza del diritto”, *i.e.* alla libertà individuale di sapere con ragionevole certezza ciò che lecito e ciò che lecito non è, è ancora modesto.

La crisi attuale dell'antitrust è perciò tuttora legata alla contraddizione di un modello istituzionale – quello di una economia capitalistica decentrata, indiscusso come mai prima – che da un lato ne esalta il ruolo e ne decreta il successo planetario, ma che al tempo stesso ha smarrito obiettivi e funzioni del fondamento giuridico ed economico dell'antitrust.

Questa contraddizione di sistema si riflette pienamente nella tensione ed incertezza applicativa dell'art. 81 CE, per analizzare la quale sarebbe necessario più tempo di quanto a me concesso in questo convegno. Accennerò pertanto brevemente soltanto ad alcuni

aspetti della norma che possono essere i più interessanti per un giudice continentale.

2. I destinatari del divieto dell'art. 81

L'articolo 81 CE dichiara incompatibile con il mercato comune le intese tra concorrenti e ha ispirato la legislazione nazionale (art. 2 l. 287/90), che ne riprende il contenuto quasi alla lettera. È perciò sufficiente comprendere la legislazione comunitaria per poter tracciare una linea generale anche della legge italiana. Il suo primo comma recita:

“Sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi di imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune ed in particolare quelli consistenti nel:

- a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione;
- b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;
- c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;
- d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza;
- e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi”.

a) Le imprese

La norma si applica, in primo luogo, alle “imprese”, ma il giurista italiano deve fare attenzione, perché il diritto della concorrenza ha una definizione propria di imprese, che prescinde e travalica quella tradizionale del diritto civile e commerciale. Il diritto della concorrenza guarda alla attività del soggetto, non alla sua forma giuridica, né alla sua organizzazione interna, né all’oggetto dell’attività svolta. È impresa perciò qualsiasi soggetto che eserciti una attività economica e che abbia autonomia decisionale sul mercato⁵.

È chiaro quindi che i gruppi societari sono considerati nella loro unitarietà e le operazioni infragruppo non sono intese (manca la bilateralità). Inoltre, i comportamenti di una controllata, o di chi agisce in sua vece, sono imputabili all’intero gruppo. Sono poi considerate imprese i liberi professionisti, i distributori indipendenti, i fondi pensioni complementari e tutti i soggetti che si assumono i rischi economici e finanziari delle operazioni che trattano, le fondazioni che esercitano attività economica, organi statali impegnati in attività commerciali (come le poste per i prodotti bancoposta).

b) Le associazioni di categoria. In particolare il ruolo della contrattazione collettiva e l’adempimento di precetti normativi

Altri destinatari della norma sono le “associazioni di imprese”, le cui decisioni possono costituire intese, come l’ABI, l’ANIA, l’UNIONE INDUSTRIALE, e così via. L’associazione di

⁵ Corte di giustizia, causa C-41/90, *Hofner c. Macroton*, in Racc. 1991, p. I 1979, § 21; Corte di giustizia, causa C-309/99, *Wouters*, in Racc. 2002, p. I-1577; v. anche il caso di una società privata incaricata nella sorveglianza anti inquinamento del porto di Genova che non è stata considerata un’“impresa” in senso antitrust nell’esercizio di questo servizio, Corte di giustizia, causa C-343/95, *Calì e figli*, in Racc. 1997, p. I-1547. Sulla nozione di impresa ai sensi del diritto della concorrenza, v. A. FRIGNANI, M. Waelbroeck, *Disciplina della concorrenza nella CE*, 4° ed., 1996, Torino, pag. 31 e ss.

imprese può avere anche natura pubblicistica⁶, non avere fine di lucro, non possedere un vero e proprio fatturato.

Il paradigma di soggezione di un'impresa o di un'associazione di categoria alle regole di concorrenza è noto e sembra consolidato. Se un'impresa o un'associazione è considerata espressione di poteri di natura non economica attraverso i quali si realizza una funzione pubblica o di solidarietà sociale, può argomentarsi con un certo fondamento che le regole del Trattato sulla concorrenza non trovino applicazione. Se, viceversa, i soggetti sono impegnati in un'attività economica, essi sono considerati imprese ai sensi del diritto antitrust indipendentemente dal loro status giuridico e dal modo in cui sono finanziati. Correlativamente, le loro associazioni agiscono come rappresentanti degli interessi economici della categoria e la norma trova sicuramente applicazione con la riserva, in singoli casi, dell'applicazione eventuale della deroga ex art. 81 (3) CE.

Quando però si tenta di applicare nella pratica una distinzione dall'apparenza tanto netta s'incontrano numerose difficoltà. La Commissione ha affermato, riguardo ad associazioni sindacali francesi previste dal titolo I del libro IV del Codice del lavoro francese, che "l'ambito giurisdizionale entro il quale ha luogo la conclusione di accordi e la definizione giuridica di tale ambito data dai vari ordinamenti giuridici nazionali sono irrilevanti ai fini dell'applicazione dell'art. 81 del Trattato" che "si applica del pari ai raggruppamenti senza scopo di lucro, qualora la loro attività o quelle delle imprese che vi aderiscono tenda a produrre gli effetti che essa tende a reprimere"⁷. Quando però le organizzazioni di categoria

⁶ Decisione AGCM, *Consigli Nazionali dei Ragionieri e Commercialisti*, del 26 novembre 1998; cfr. anche TAR Lazio, *Consigli Nazionali dei Ragionieri e Commercialisti/AGCM*, del 28 gennaio 2000.

⁷ Decisione (2003/600/CE) della Commissione, 2 aprile 2003, *Carni bovine francesi*, in GUCE del 19.08.2003, n. L 209/12; cfr. Corte di giustizia, causa 35/96,

stipulano un vero e proprio accordo collettivo, l'articolo 81 CE non dovrebbe trovare applicazione⁸.

La Corte di giustizia è più volte intervenuta nel dirimere controversie che intersecano la politica sociale, e più in particolare il diritto del lavoro, e il diritto della concorrenza⁹.

Nella sua essenza, il diritto del lavoro disciplina i rapporti fra un datore di lavoro (imprese ai sensi dell'art. 81 del Trattato) ed i suoi lavoratori, i quali, grazie al rapporto di subordinazione, non possono essere considerate imprese. Ne consegue che tutte le pattuizioni tra i primi e i secondi potranno non essere sottoposte ad un esame ai sensi del diritto della concorrenza, anche se, in particolare per quanto concerne i contratti collettivi, si può riscontrare una incidenza sulla struttura concorrenziale del mercato del lavoro e in quello dei beni e servizi finali¹⁰.

In *Albany* la Corte ha disegnato un'interpretazione "utile e coerente" delle due normative stabilendo che gli "accordi conclusi nell'ambito di trattative collettive tra parti sociali al fine di conseguire tali obiettivi debbono essere considerati, per la loro natura ed il loro oggetto, non rientranti nell'ambito d'applicazione dell'articolo [81] del Trattato".

La deroga ai principi concorrenziali è legittimata dal dovere della Comunità di perseguire "una politica sociale" (ex art. 2 CE) e

Commissione c. Repubblica Italiana, in Racc. 1998 p. I-3851, § 40, e causa C-123/83, *Clair*, in Racc. 1985, p. 391, § 17; Corte di giustizia, causa C-360/92 *P. Publisher Association c. Commissione*, in Racc. 1995, p. I-23.

⁸ Corte di giustizia, causa C-67/96, *Albany*, in Racc. 1999, p. I-5751, per un commento su questo caso v. L. GYSELEN, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 425, v. anche Corte di giustizia, causa C-180/98, *Pavlov*, in Racc. 2000, p. I-6451, in particolare §§ 102-119.

⁹ Corte di giustizia, causa C-67/96, *Albany International BV c. Stichting*, in *Foro it.*, 1999, IV, p. 489, con nota di L. DI VIA; cause riunite C-115, 116, 117/97, *Brentjens*, in Racc. 1999, I-6025, causa 219/97, *Brijvende*, in Racc. 1999, I-6121, C-222/98, *Van der Woude*, in Racc. 2001, I-7111.

¹⁰ L. DI VIA, *Antitrust e diritti sociali*, Napoli, 2004.

dall'impegno che la Commissione deve impiegare al fine di favorire "il diritto sindacale e le trattative collettive tra datori di lavoro e lavoratori"¹¹.

Tuttavia, tale quadro di riferimento ha sollevato più interrogativi che risposte e la giurisprudenza successiva ha analizzato, caso per caso, la concreta "natura e l'oggetto" degli accordi intervenuti tra le parti sociali (a dir la verità sembrerebbe più adeguata la parola "scopo", per tradurre l'inglese *purpose*, rispetto ad "oggetto").

Non tutta la contrattazione collettiva è esente dall'applicazione dell'art. 81 CE. Occorre perciò avere riguardo, *in primis*, verso i soggetti stipulanti¹². Se essi non sono organizzazioni di datori di lavoro e lavoratori non siamo infatti in presenza di un vero e proprio contratto collettivo, come lo intende la sentenza *Albany*.

In *Pavlov*¹³, la Corte ricorda che "il Trattato non prevede alcuna disposizione che incoraggia, alla stregua degli artt. 118 e 118B del Trattato, nonché 1 e 4 dell'accordo sulla politica sociale, i membri di professioni liberali a concludere accordi collettivi al fin di migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro". Da ciò, e più precisamente dal fatto che i soggetti stipulanti non fossero lavoratori, è stato argomentato che il contratto in controversia non potesse

¹¹ V. artt. 136-143 CE.

¹² Cfr. S. SCIARRA, *Diritto del lavoro e regole della concorrenza in alcuni casi esemplari della Corte di giustizia*, in *Dir. Mer. Lav.*, 2000, 587, G. LYON-CAEN, *L'infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence*, in *Dr. Ouv.*, 1992, 313; F. WILKINSON, *Rights, vs. efficiency? The integration and social policy in the Court of Justice*, in *Ind. L. J.* 1995, p. 49.

¹³ Corte di giustizia, cause riunite C-180/98 e 184/98, *Paul Pavlov e al./Stichting Pensioenfondsen medische specialisten*, in Racc. I-6451, su cui v. J. P. LHERNOULD, *Nouvelles dérives libérales de la CJCE en matière de retraite complémentaire*, *CJCE 2 septembre 2000*, in *Dir. Soc.*, 2000, p. 1114.

derogare al diritto della concorrenza, benché migliorasse le condizioni di lavoro dei professionisti.

Come suggerisce l'Avvocato Generale¹⁴, non esiste un'esenzione generale all'applicazione delle disposizioni per la tutela della concorrenza in forza di ragioni sociali, ma tale limitata deroga dovrà essere concessa avendo riferimento al contesto nel quale gli accordi stessi sono stati conclusi, ed in particolare alla natura di contratto collettivo, stipulato dalle organizzazioni di datori di lavoro e lavoratori, migliorativo della condizione dei secondi.

È noto che tutti gli ordinamenti europei possiedono proprie definizioni di "impresa" e "lavoratori" (dipendenti, parasubordinati, atipici, autonomi e così via), le quali però sono irrilevanti nel diritto della concorrenza comunitario e nazionale, che ha definito l'impresa con una ottica funzionale attraverso una interpretazione giurisprudenziale¹⁵: è impresa un qualsiasi soggetto che esercita in modo autonomo una attività economica¹⁶.

La concertazione sociale dunque, pur presentando una funzione (natura) di tutela sociale assimilabile in gran parte a quella della concertazione fra le parti datoriale e dipendente, si caratterizza per dei connotati del tutto peculiari.

In primo luogo, essa disciplina e condiziona direttamente (e non di riflesso come la contrattazione in favore dei lavoratori subordinati) il comportamento sul mercato (dei beni e servizi finali) delle parti coinvolte (tutte qualificabili come "imprese" secondo il

¹⁴ Conclusioni, Avv. Gen. F.J. Jacobs, cause riunite C-180/98 e 184/98, del 28 gennaio 1999, *Paul Pavlov e al./Stichting Pensioenfonds medische specialisten*, v. anche Conclusioni dell'Avv. Gen. A. Fennely, dell'11 maggio 2000, *Van der Woude*, cit.

¹⁵ Cfr. G. Lhuiler, *Le critère jurisprudentiel d'application du droit de la concurrence*, in *Riv. Trim. Dr. Comm. Dr. Ec.*, 1994, 645.

¹⁶ Cfr., *ex multis*, Corte di giustizia, causa C-35/96, *Commissione/Italia* (spedizionieri doganali), in *Racc.* 1996, I-3851 e causa C-41/90, *Hofner*, cit. V. anche Conclusioni dell'Avv. Gen. Jacobs in *Pavlov*, cit., § 111.

diritto antitrust). Ciò significa che le eventuali clausole anti-competitive produrrebbero, in via diretta ed immediata, un effetto restrittivo sul mercato interessato.

In secondo luogo, essa, si caratterizza per un oggetto diverso rispetto a quello proprio della contrattazione collettiva in favore dei lavoratori subordinati: sono, di norma, se non del tutto assenti, almeno marginali, nei contratti di categoria fra soggetti imprenditoriali gli aspetti più strettamente attinenti agli orari di servizio, alla sicurezza del lavoro, ai salari, alle condizioni del lavoro, ecc., tradizionalmente garantiti dai contratti per i lavoratori dipendenti.

In terzo luogo, essa investe aspetti del rapporto fra le parti (ad esempio, la concessione agli agenti di esclusive territoriali e l'imposizione, a carico degli stessi, di obblighi di non concorrenza) tipicamente rilevanti dal punto di vista del diritto della concorrenza.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (in seguito Autorità o AGCM) ha affrontato la questione del rapporto tra contrattazione tra associazioni e rapporto di "dipendenza" in alcune sue decisioni tra cui sembra particolarmente utile citare, *Accordi per la fornitura di carburanti e FIV/AICI*¹⁷, dove la qualifica di parti di

¹⁷ Decisione AGCM *FIV/AICI*, del 18 novembre 1992, in Boll., 22/1992 e *Accordi per la fornitura dei carburanti*, 8 giugno 2000, in Boll., 22/2000. Ogni Autorità nazionale dei Paesi membri ha fatto proprio un certo indirizzo interpretativo sul punto, ma il tratto comune è un'applicazione molto limitata della deroga propria del diritto del lavoro. Il *Conseil de la Concurrence* francese non esclude la vera e propria contrattazione collettiva dall'applicazione del diritto della concorrenza. La libertà di porre in essere contratti collettivi è vista come una forma di estrinsecazione della libertà contrattuale, pertanto soggetta alle limitazioni generali, ivi compreso il divieto di porre in essere cartelli contrari alla concorrenza. Le associazioni sindacali sono considerate attori economici in grado, insieme alla parte imprenditoriale, di influenzare il processo concorrenziale. Tuttavia, dopo una analisi degli effetti restrittivi o un bilanciamento delle caratteristiche anticompetitive con i vantaggi sociali, l'Autorità francese ha classificato la maggior parte delle clausole dei contratti sotto scrutinio come compatibili con il diritto della concorrenza v. *Conseil*

un “contratto collettivo” come imprese in senso antitrust ha rappresentato un punto controverso.

In particolare, la prima decisione aveva ad oggetto un accordo tra petrolieri e gestori delle pompe di benzina, il cui vincolo di subordinazione è tale che autorevolissima opinione considera i gestori “non imprese” ai sensi della legge antitrust¹⁸. Ebbene, l’Autorità ha ritenuto che l’accordo fosse intervenuto tra “categorie di imprese rilevanti per il diritto della concorrenza e vanno qualificate come accordi interprofessionali” per cui vanno presi in considerazione “gli effetti prodotti da tali categorie di contratti sul mercato dei beni e servizi finali”¹⁹. A giudizio dell’Autorità, il principio di diritto stabilito dalla Corte di giustizia in *Albany* non rilevava nel caso di specie.

Si è poi dimostrato complesso, in particolare, disegnare il contorno di imputabilità soggettiva di comportamenti dettati, o suggeriti, dalle norme nazionali²⁰. Ogni giurisdizione ha avuto, nei concreti casi sottoposti al loro esame, approcci peculiari e certamente le motivazioni della decisione del Consiglio di Stato n. 364/2007, relativa all’accordo *ANIA/Periti*, daranno un importante contributo alla prassi giurisprudenziale del nostro Paese²¹.

de la Concurrence, 26 giugno 1990, *BOCCRF*, 1990, 269 e successiva sentenza della Corte di Appello di Parigi, 6 marzo 1991, in *Dalloz*, 1992, con nota di B. EDELMAN, *A bas le droit du travail, vive la concurrence*, sul punto v. L. DI VIA, *Antitrust e diritti sociali*, Napoli, 2004, p. 131.

¹⁸ V. le Conclusioni dell’Avv. Gen. Kokott, del 13 luglio 2006, causa C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio v. Cepsa* (pendente).

¹⁹ Decisione AGCM, *Accordi per la fornitura dei carburanti*, cit., § 238.

²⁰ Cfr. Decisione della Commissione, *Arow*, in *GUCE*, 1982, n. L 379/1, p. 1, dove la decisione di un’associazione di categoria è stata successivamente approvata dalle autorità pubbliche, v. anche la Decisione, *Coapi*, in *GUCE*, 1995, L 122/37, p. 37.

²¹ Nel momento in cui si scrive, la Decisione del Consiglio di Stato del 21 giugno 2007 è disponibile solo nella parte dispositiva. Per uno studio su come le

In linea di principio può affermarsi che, nel dare esecuzione a quanto previsto dalla normativa di settore, le associazioni di categoria debbono rispettare il diritto della concorrenza e scegliere, tra le modalità attuative possibili, quella non restrittiva (o meno restrittiva) del libero gioco competitivo. La “copertura” legale non scrimina comportamenti anticoncorrenziali a meno che non sia la legge che in modo inequivocabile impone il suddetto comportamento.

3. Accordi, pratiche concordate, decisioni di associazioni di imprese

L’“accordo” non è solo il contratto in senso civilistico, ma una qualsiasi forma di consenso bilaterale su un comportamento in un dato mercato, anche privo di qualsivoglia veste formale e non produttivo di diritti e obblighi giuridici reciproci (ovviamente... è vietato!). L’esistenza di una comune volontà delle parti può desumersi da tutte le circostanze di fatto, legami commerciali, scambio di informazioni. Accordo è non solo consenso, quindi, ma anche soltanto applicazione di un comportamento collusivo. Un contratto scaduto che continua ad applicarsi è accordo, come un comportamento bi o plurilaterale di mercato non concorrenziale di qualsiasi natura. È accordo, ad esempio:

a. una volontà comune stabilita in una riunione tra concorrenti

altre giurisdizioni europee hanno recentemente affrontato il problema dell'imputabilità delle norme antitrust alle associazioni di categoria cfr., tra gli altri, Irish High Court, *Hemat c. Medical Council*, HC (Irl), 11 aprile 2006, con commento di D. AHERN, *Hemat v. Medical Council: the Wouters legacy revisited*, in *European Competition Law Review*, 2007, p. 366 e ss., Corte Distrettuale di Rotterdam, 17 luglio 2006 [RB(NL)], *Istituto nazionale degli psicologi, Associazione olandese di psicoterapeuti indipendenti e al. c. Autorità per la concorrenza olandese*, con commento di J. BRAAKSMA, *Netherlands: Anticompetitive agreements-association of undertaking*, in *European Competition Law Review*, 2006, p. 222 e ss.

b. gli steering committees tra imprese concorrenti

c. una pattuizione orale

d. atti unilaterali, come le condizioni generali di contratto in rapporti commerciali continuativi accettate, attuate e/o poste consapevolmente in essere da controparti indipendenti²².

La “pratica concordata” è un qualsiasi comportamento adottato da una pluralità di imprese che è idoneo a realizzare iniziative che possono alterare la libertà di concorrenza, anche prive di una qualsiasi manifestazione di consenso. La Corte di giustizia definisce la pratica concordata “una forma di coordinamento che, senza spingersi fino alla attuazione di un vero e proprio accordo, costituisce una consapevole collaborazione tra le imprese, a danno della concorrenza”²³.

Per aversi pratica concordata occorre avere una qualche forma di contatto tra le imprese, come ad esempio le e-mail, le riunioni, gli incontri presso comuni distributori, la messa in comune di informazioni. Non è essenziale che l’intesa venga stipulata o attuata dal legale rappresentante della società o da un procuratore della stessa (l’intesa però deve avere una certa “consistenza” e potenzialità lesiva della dinamica di mercato)²⁴. La pratica concordata deve poi, effettivamente, condizionare il comportamento delle imprese. È importante notare che i giudici nazionali e comunitari esonerano i garanti della concorrenza dalla necessità di

²² Tribunale di primo grado, sentenza del 6 luglio 2000, *Volkswagen c. Commissione*, in Racc. 2000, p. II-2707.

²³ Corte di giustizia, sentenza del 14 luglio 1972, causa C-48/69, *ICI e al.*, in Racc. 1972, p. 619.

²⁴ V. Comunicazione della Commissione sugli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell’art. 81, parag. 1, del Trattato CE (*de minimis*) (2001/C 368/07) del 22 dicembre 2001 nella quale la Commissione, avvalendosi di soglie relative a quote di mercato, stabilisce i criteri quantitativi per determinare quello che non costituisce una restrizione sensibile della concorrenza.

provare l'esistenza di una pratica concordata se riescono a dimostrare una qualche forma di indebito contatto tra le parti²⁵. L'Autorità quindi cerca tutti i possibili indizi, seri, precisi e concordanti, di contatti tra le parti non giustificati e può dedurre da ciò l'esistenza di pratiche concordate.

Tra gli indizi rilevanti rientra certamente il *parallelismo dei comportamenti* sul mercato, che è considerato in modo grave in un mercato non fortemente concentrato. In questo caso opera una sorta di rovesciamento dell'onere della prova e le imprese incriminate dovranno dimostrare che la spiegazione del parallelismo comportamentale riposa in altra e differente ragione rispetto alla collusione. Nei mercati oligopolistici (con un numero molto esiguo di imprese presenti) e con elevata trasparenza invece il parallelismo non dovrebbe essere sufficiente per provare una pratica concordata e le Autorità dovrebbero rinvenire qualche ulteriore indizio di collusione. In linea generale infatti, può dirsi che nei mercati oligopolistici il comportamento parallelo massimizza il profitto individuale indipendentemente da una pratica concordata. È, cioè, un modo razionale per l'impresa di fare concorrenza. In altri termini, in oligopolio è conveniente per ciascuno dei protagonisti sapere cosa farà l'altro e adeguarsi ai prezzi e alle condizioni commerciali dettate dall'impresa leader.

Le "decisioni di associazioni di imprese" rappresentano la volontà delle imprese che partecipano alla struttura collegiale, anche attraverso la accettazione tacita, e possono avere qualsiasi forma e natura non vincolante. Anche in questo caso, la deliberazione della associazione di impresa per essere considerata pratica concordata deve avere la concreta possibilità di determinare un coordinamento

²⁵ Corte di giustizia CE, sentenza dell'8 luglio 1999, *Hercules Chemicals c. Commissione*, in Racc. 1999, p. I-4235; e Cons. Stato., *Rc. Auto*, del 26 febbraio 2002.

dei comportamenti o delle pratiche commerciali delle imprese sul mercato che alteri il libero gioco della concorrenza.

4. Il confine tra lecito ed illecito: cosa si intende per oggetto o effetto anticoncorrenziale dell'intesa

Le intese, così descritte, sono vietate se hanno per oggetto o per effetto di impedire la concorrenza sul mercato. La congiunzione “o” sta a significare che sono elementi alternativi. Se l’oggetto della intesa è intrinsecamente contro la concorrenza, si può prescindere dal valutarne gli effetti, altrimenti occorre una indagine specifica per dimostrare l’anticoncorrenzialità della condotta. Il termine oggetto non si riferisce all’intenzione delle parti, ma alla “natura” della condotta, che potenzialmente restringe la concorrenza. “Si tratta di restrizioni che, alla luce degli obiettivi delle regole di concorrenza comunitarie, hanno una potenzialità talmente alta di produrre effetti negativi sulla concorrenza che è inutile dimostrare l’esistenza di effetti specifici”²⁶. La restrizione *per oggetto* quindi non è altro che una scorciatoia probatoria che consente al guardiano della concorrenza di presumere gli effetti negativi sulla dinamica del mercato di una determinata condotta, dato che l’esperienza giurisprudenziale e gli studi economici hanno dimostrato con ragionevole certezza la sua – intrinseca – potenzialità anticoncorrenziale.

Esempi di restrizioni per oggetto sono la fissazione di prezzi, la limitazione della produzione o la ripartizione dei mercati e della clientela. È però sempre necessaria, anche in questi casi, una valutazione dell’impatto economico dell’accordo, che deve essere “sensibile”.

²⁶ Linee Guida della Commissione sull’applicazione dell’art. 81.3 CE (2004/C 101/08).

Quando dall'oggetto dell'accordo non può desumersi una sua radicale anticoncorrenzialità, i garanti della concorrenza devono studiarne gli effetti economici sui mercati e dimostrare l'alterazione, consistente e non trascurabile, del gioco concorrenziale²⁷.

Orbene, se, come accennato nella premessa di questo breve intervento, l'economia, nella sua versione più evoluta post Chicago, e la teoria dei giochi non sono sempre in grado di prevedere *ex ante* gli effetti restrittivi di una condotta, ma può, talvolta ed al limite, verificarli solo *ex post*, si rischia di comprimere la libertà individuale delle imprese in modo eccessivamente arbitrario in un mondo dai confini di liceità indeterminati. I soggetti di mercato rischiano infatti di non poter sapere, *prima*, se il loro agire sarà giudicato o no lecito. Coloro che puntano soltanto ad un'interpretazione antitrust in ottica efficientista trascurano l'effetto deterrente che l'incertezza può causare sull'agire imprenditoriale e il freno allo sviluppo economico. In altri termini, spostano il baricentro del paradigma libertà individuale/efficienza/decentramento comprimendo il primo termine ed ampliando la discrezionalità, inevitabilmente, del decisore pubblico in nome dell'efficienza dinamica.

²⁷ Dalla nozione di impresa e da quella di accordo e di pratica concordata emerge che tali fattispecie possono avere natura orizzontale, tra imprese concorrenti sullo stesso mercato rilevante, oppure tra imprese poste ad un diverso livello della filiera produttiva, c.d. intese verticali. Gli effetti dannosi di questo tipo di intese possono presentarsi su un diverso, o diversi mercati rilevanti. Sull'impatto degli accordi orizzontali e verticali sulla dinamica concorrenziale, così come sui parametri per una corretta definizione del mercato rilevante non può che rinviarsi ai Regolamenti ed alle Comunicazioni della Commissione; in particolare v. Comunicazione della Commissione sull'applicabilità dell'art. 81 del Trattato agli accordi di cooperazione orizzontale (2001/C 3/02) del 6 gennaio 2001. Regolamento 2790/99/CE della Commissione relativo all'applicazione dell'articolo 81, par. 3, del Trattato a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, e le relative Linee guida della Commissione sulle restrizioni verticali (2000/C 3/02), Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza (97/C 372/03) del 9 dicembre 1997.

Se la crisi dell'antitrust chiama gli economisti alla sfida di delineare con maggior precisione dei modelli che possano essere tradotti in norme giuridiche, ritengo opportuno attirare la Vostra attenzione di giuristi sul rischio di non trasporre, in modo acritico e non necessario, questa limitazione dell'agire individuale anche nel *private enforcement*.

È importante evidenziare, ad esempio, che il confine tra accordo lecito ed illecito non riposa nei tradizionali canoni del nostro diritto, come le qualità soggettive delle parti, nell'oggetto astrattamente considerato o nella sua causa, nei motivi comuni, nel rispetto della forma legale, ma nell'effetto anticompetitivo che ha sul mercato, presunto (nelle restrizioni per oggetto) o dimostrato (in quelle per effetto). Un contratto di affiliazione esclusiva tra un produttore di birre e dei *pubs* può essere perfettamente lecito, sotto tutti i punti di vista, anche antitrust, al momento della sua redazione, e poi essere giudicato anticoncorrenziale perché la struttura del mercato che si è venuta formando nel corso del tempo ha evidenziato una serie di contratti (rapporti verticali esclusivi) che hanno un effetto cumulativo escludente nei confronti di potenziali nuovi concorrenti. In altri termini, il diritto antitrust guarda agli effetti sul mercato, in generale, che ha (o a cui contribuisce) un contratto in particolare, e può essere una causa di illiceità esterna al contratto stesso. Tale tipo di incertezza è, in una certa misura, inevitabile e sono gli economisti che hanno il compito più rilevante di mitigarne la portata. Questa causa di illiceità può essere fatta valere da *chiunque* in sede civile – anche dalla parte inadempiente – ed è motivo di nullità²⁸, ma è evidente che sarebbe “aberrante” far

²⁸ Sul tema si rinvia alla relazione del prof. Pardolesi; v. Corte di giustizia, sentenza del 28.02.1991, causa C-234/89, *Delimitis/Henninger Bräu*, in Racc. 1991, p. I-935; e sentenza del 20.09.2001, causa C-453/99, *Courage and Crehan*, in Racc. 2001, p. I-6297.

discendere da ciò in modo automatico un diritto al risarcimento del danno in sede civile di un attore²⁹.

La richiesta di risarcimento danni in sede civile, infatti, e voi giudici siete in questo maestri, mira a ristorare i danni effettivamente subiti dall'attore che non possono essere confusi, in nessun modo, con i danni alla dinamica concorrenziale del mercato eventualmente accertati dai guardiani (pubblici) della concorrenza, e men che meno desunti dalle loro decisioni in modo assertivo o assiomatico. Il danno di mercato di una condotta può certamente essere causa di danno risarcibile al singolo danneggiato, a patto che questi provi effettivamente il suo nocumento.

Le decisioni dell'Autorità o della Commissione hanno un obiettivo parzialmente diverso da quello del *private enforcement*, cioè garantire la concorrenza nel mercato. I giudici civili invece hanno, nella maggioranza dei casi sottoposti alla loro attenzione, il diritto/dovere di risarcire (e quantificare con un metro quanto più oggettivo e verificabile) i danni effettivamente subiti dal soggetto che li reclama. Esso dovrà dimostrare, sempre e comunque, tutti gli elementi tipici della fattispecie che legittimano la pretesa risarcitoria.

²⁹ “Aberrante” è l'aggettivo usato dalla Cass., Sez. Un., n. 2305/2007, in *Foro It.*, 4/2007, I, 1907, con nota di R. PARDOLESI, A. PALMIERI.

L'ILLECITO ANTITRUST COMUNITARIO: STRUTTURA - FONDAMENTO GIURIDICO- ECONOMICO DELL'ART. 82 CE*

Aldo Frignani

SOMMARIO: 1. Funzione del divieto - 2. Definizione di posizione dominante - 2.1. Il mercato rilevante. Rinvio - 3. La posizione sul mercato: dominanza - 3.1. I criteri strutturali - 3.1.1. I principali criteri strutturali utilizzati - 3.1.2. La quota di mercato - 3.1.3. L'aspetto temporale - 3.1.4. Le barriere all'entrata - 3.1.5. L'integrazione verticale - 3.1.6. Il potere finanziario - 3.1.7. Criteri strutturali non considerati - 3.1.8. Il potere compensatore - 3.2. I criteri di comportamento ed il loro ruolo - 3.3. La dipendenza economica (o potere di mercato relativo) e la teoria del partner obbligato - 3.4. Problemi particolari - 3.4.1. Posizione dominante e monopolio - 3.4.2. Posizione dominante ed oligopolio (dominanza collettiva) - 3.4.3. Posizione dominante e diritti di proprietà industriale - 3.4.4. Posizione dominante all'acquisto (*Nachfragemacht*) - 4. La parte sostanziale del mercato comune ed il pregiudizio al commercio fra Stati membri - 4.1. Nozione di «parte sostanziale» - 4.2. Estensione - 4.3. Il pregiudizio al commercio fra Stati membri - 5. L'abuso - 5.1. Abuso nelle relazioni verticali e abuso nelle relazioni orizzontali - 5.2. Carattere oggettivo della nozione - 5.3. Incidenza del movente perseguito - 5.4. L'abuso deve essere stato realizzato o esternarsi in un comportamento sul mercato? - 5.5. Gli effetti dell'abuso devono essere sensibili? - 5.6. Criteri del comportamento abusivo - 6. Il legame tra la posizione dominante e l'abuso.

1. Funzione del divieto

L'art. 82 non vieta l'esistenza di una posizione dominante ma si limita a vietarne lo sfruttamento abusivo. Nemmeno vieta l'acquisizione o il consolidamento di una posizione dominante, purché non avvenga tramite concentrazione (in tal caso si applica il

* Il presente contributo costituisce una parziale rielaborazione del più ampio lavoro pubblicato all'interno del volume *La concorrenza*, a cura di A. FRIGNANI e R. PARDOLESÌ, in *Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea*, diretto da G. AJANI e G.A. BENACCHIO, Torino, 2006, pp. 177-220.

Regolamento n. 139): su questo punto l'art. 82 si distingue dalla Sez. 2 dello *Sherman Act*, che proibisce la *monopolization* ed il tentativo di «monopolizzazione» (*attempt to monopolize*): di conseguenza anche le regole operazionali differiscono.

La norma, che accoglie la dicotomia tra intese e sfruttamento abusivo, introdotta per prima in Europa nella GWB, fatta propria dal Trattato CE e da lì diffusasi oggi in tutte le legislazioni nazionali dei Paesi membri, è ispirata dall'esigenza di intervenire contro comportamenti restrittivi della concorrenza tenuti da imprese che non siano il frutto di intese. Tuttavia gli artt. 81 e 82 possono essere applicati simultaneamente (caso *Compagnie Maritimes Belges*). In più, se è vero che l'art. 82 non contiene l'equivalente dell'esenzione ex art. 81.3, nondimeno lo stesso risultato può raggiungersi con la *efficiency defense*.

Essa non ha la funzione di impedire, prevenendola, l'acquisizione di una posizione dominante o di monopolio (obiettivo, questo, affidato alle norme sul controllo preventivo delle concentrazioni, che però non possono impedire il raggiungimento di una tale posizione per *croissance interne* o per altri meriti propri), ma quello di impedire che di tali posizioni si faccia un uso distorsivo della concorrenza o si estrarrebbero profitti sovrapetitivi.

Il comportamento di una singola impresa che non abbia potere di mercato sarebbe irrilevante: infatti se essa praticasse prezzi sovraconcorrenziali o chiedesse altre condizioni onerose, gli utilizzatori o i consumatori rivolgerebbero la loro domanda a chi fa prezzi più convenienti oppure nuove imprese entrerebbero sul mercato per offrire i beni a condizioni più convenienti. L'aggiustamento delle forze del mercato sarebbe pertanto automatico. Diversa è la condizione di un'impresa che abbia un potere di mercato in presenza di barriere all'accesso, perché è in grado di imporre condizioni non concorrenziali o di ridurre i propri

investimenti in R & S senza il rischio di vedersi erodere la propria quota di mercato.

Nella teoria economica il monopolio contrasta con l'efficienza allocativa, e quant'anche non fosse inefficiente avrebbe dei costi sulla distribuzione delle risorse che il mercato non può permettersi, in quanto i suoi meccanismi spontanei li potrebbero contrastare solo in tempi assai lunghi. Può convenirsi dunque che il monopolio costituisce un caso di *market failure* che reclama un intervento energico da parte dei pubblici poteri volto a ristabilire il funzionamento di meccanismi allocativamente efficienti.

La norma ha una duplice anima: per un verso, tutela i consumatori (la limitazione della produzione è certo «a danno» degli stessi: lett. b); per altro verso, i concorrenti (la discriminazione di cui alla lett. c), oppure il *predatory pricing* di cui alla lett. a. Non sempre però il rapporto fra l'una e l'altra finalità è coerente: ad es. il prezzo «non equo» perché ingiustificatamente alto potrebbe sì nuocere ai consumatori, ma potrebbe nel contempo attirare *new comers* (se non ci sono barriere all'accesso) e perciò stesso distruggere il monopolio. Pertanto il divieto dell'abuso non può essere visto come lo svuotamento del contenuto dei vantaggi concorrenziali che l'impresa dominante dovrebbe poter sfruttare e perché gli viene impedito non di rendere di più (che è il primo vantaggio della rilevante quota di mercato), ma di sfruttare due volte tale vantaggio aggiungendovi il livello sovracompetitivo del prezzo.

La struttura dell'art. 82 è fatta in modo tale che la sua implementazione avviene a due stadi nel primo si deve accertare se c'è posizione dominante, nel secondo se c'è abuso della stessa. Infatti se la giustificazione del divieto per le imprese dominanti di tenere un comportamento legittimo per le imprese non-dominanti è data dalla «speciale responsabilità» che incombe sulle prime (caso

Michelin 1983) è necessario in primo luogo stabilire quando c'è dominanza.

2. Definizione di posizione dominante

L'art. 82 non definisce la posizione dominante, la cui determinazione va dunque ricercata nei precedenti della Commissione e della Corte. Ci sono almeno due nozioni di posizione dominante. Risale agli economisti neoclassici ed è divenuto il cavallo di battaglia della Scuola di Chicago l'opinione secondo la quale l'unica posizione rilevante per la sottoposizione ai divieti antitrust sarebbe quella dell'impresa che è in grado di esprimere comportamenti unilaterali in materia di prezzi e di quantità di prodotti offerti, con la conseguenza che l'utilizzo del proprio potere contrattuale nei confronti dei fornitori o dei concorrenti non rilevarebbe, a meno che ciò si materializzi in un innalzamento dei prezzi verso i consumatori.

Secondo un'altra opinione ciò che rileva è la semplice posizione nei confronti dei fornitori e concorrenti con pericolo che le loro quote di mercato vengano erose fino a farli scomparire: ciò produrrebbe un effetto negativo sulla struttura del mercato che diventerebbe meno efficiente.

Se un'impresa è capace di esercitare sul mercato un'influenza preponderante, ciò significa che essa può agire senza dovere tener conto delle reazioni dei concorrenti, mentre questi ultimi devono tener conto delle sue: essa è dunque sottratta ad una concorrenza effettiva. Fattore decisivo è l'assenza di pressione concorrenziale con la conseguenza che la concorrenza non gioca il suo ruolo di regolatrice del mercato (decisione *Continental Can*; caso *Metro-SABA I*).

Nel caso *United Brands* del 14 febbraio 1978, la Corte ha affermato che la posizione dominante «concerne una posizione di

potenza economica detenuta da un'impresa, che conferisce alla stessa il potere di ostacolare il mantenimento di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi, fornendole la possibilità di comportamenti indipendenti in misura apprezzabile rispetto ai propri concorrenti, ai clienti, nonché ai consumatori» (n. 65) e senza per questo subire conseguenze pregiudizievoli. Tale definizione è stata ripresa in seguito in numerosi casi e consolidata nella prassi della Commissione.

Se si esamina il modo in cui l'art. 82 è stato applicato nei casi concreti, si constata che generalmente sono tre gli approcci seguiti quando si tratta di identificare l'esistenza di una posizione dominante. A volte, ci si basa su di un'analisi strutturale del mercato e della posizione in esso occupata dall'impresa considerata; altre volte si studia il comportamento dell'impresa e dei suoi concorrenti. Altre volte infine, si esamina la situazione di dipendenza in cui versa la vittima dell'abuso lamentato nei confronti dell'impresa considerata. Questi tre metodi d'analisi non si escludono reciprocamente, ma possono combinarsi, i risultati ottenuti per mezzo di uno possono essere confermati dagli altri.

2.1. Il mercato rilevante. Rinvio

Non si può parlare di posizione dominante se non si è prima definito il «mercato» sul quale accertarla.

Per quanto concerne la nozione di mercato ed i criteri di definizione del mercato rilevante, si rinvia al capitolo introduttivo. È sufficiente, in questa sede, segnalare il carattere funzionale della nozione di mercato rilevante, il cui contenuto non è un dato prestabilito, ma dipende dall'abuso che è rimproverato all'impresa che si pretende dominante.

Peraltro il TPG, nella sent. *SPO* 21 febbraio 1995, ha affermato che “Ai fini dell'applicazione dell'art. 82 la definizione

adeguata del mercato di cui trattasi è una condizione necessaria e preliminare a qualsiasi giudizio su un comportamento che si pretende anticoncorrenziale, in quanto, prima di dimostrare la presenza di un abuso di posizione dominante è necessario provare l'esistenza di una posizione dominante in un determinato mercato, il che presuppone la previa definizione di tale mercato".

3. La posizione sul mercato: dominanza

Una volta definito il mercato, si tratta di vedere se la posizione che l'impresa interessata vi occupa sia «dominante» oppure sia soggetta a pressioni dei concorrenti. Di solito per questa indagine vengono utilizzati diversi criteri. «L'esistenza di posizione (dominante) può risultare da diversi fattori che, considerati isolatamente, non sarebbero necessariamente determinano» (TPI caso CMB, punto 76; conf. Commissione decisione *Virgin/BA* n. 87).

3.1. I criteri strutturali

3.1.1. I principali criteri strutturali utilizzati

Sono generalmente i criteri strutturali che forniscono alla Commissione ed alla Corte il primo strumento di analisi quando si tratta di determinare se un'impresa detiene una posizione dominante. Così nel caso *United Brands* del 14 febbraio 1978, la Corte ha dichiarato che l'indagine se un'impresa abbia una posizione dominante sul mercato rilevante «deve effettuarsi esaminando preliminarmente la sua struttura ed in seguito la situazione concorrenziale sui detto mercato» (n. 67).

3.1.2. La quota di mercato

Fra i criteri strutturali il più importante indicatore è quello della quota di mercato detenuta dall'impresa considerata. Questa

quota deve essere valutata tenendo conto non delle capacità produttive, né della produzione totale effettiva, ma del fatturato realizzato nel mercato comune, sia dall'impresa in esame, che dai suoi concorrenti. Le vendite possono essere calcolate, secondo il caso, in valore o in volume. Fra i concorrenti è d'uopo prendere in considerazione non solamente quelli che sono stabiliti all'interno del mercato comune, ma anche le imprese di Stati terzi che esportano verso il mercato comune. Può darsi pertanto che un'impresa unica produttrice di una determinata categoria di prodotti nel mercato comune non sia considerata come dominante, a causa dell'importanza della quota di mercato rappresentata dalle importazioni.

Nel caso *Hoffmann-La Roche (Vitamine)*, la Corte ha precisato che l'esistenza di quote di mercato di grande ampiezza è «altamente significativa». Tuttavia, non si tratta di un «dato assoluto», ma «la sua importanza varia da mercato a mercato a seconda della struttura dei medesimi». Questo non impedisce che «quote molto alte costituiscano di per sé, e salvo circostanze eccezionali, la prova dell'esistenza di una posizione dominante», a condizione che siano mantenute «per un periodo di una certa durata» (nn. 39-41) 18.

Se si guardano i primi 40 anni di precedenti, la situazione può essere così schematizzata:

i) Quota 80% o >: dimostra per se l'esistenza di una posizione dominante (casi *Vitamine*, 13 febbraio 1979, n. 56; *Compagnie Maritimes Belges*, 16 marzo 2000; *Irish Sugar*, 7 ottobre 1999, n. 70; *Tetra Pak II*, 14 novembre 1996; *IMS*, 30 aprile 2004; *Deutsche Post*, 10 febbraio 2000; Tribunale di primo grado, *Atlantic Container Line*, 15 giugno 2002); in questi ultimi casi la dottrina ha impiegato la nozione di «super dominance», mentre Commissione e Corte ne hanno sottolineato la «speciale responsabilità» (caso *Michelin*);

ii) Quota 50% o >: dà luogo ad una presunzione relativa di dominanza, suscettibile di prova contraria da parte dell'impresa (casi AKZO III, 3 luglio 1991; Hoffmann-La Roche, 13 febbraio 1979; Hilti, 12 dicembre 1991);

iii) Quota da 40 a 50%: è possibile che vi sia dominanza purché sussistano altri elementi indicativi, per es. quote molto basse dei concorrenti più vicini; la sola quota non è sufficiente (casi United Brands; Hoffmann-La Roche);

iv) Quota < 40%: c'è la presunzione che non vi sia dominanza, ma in pre senza di particolari circostanze può esservi ravvisata (casi Virgin/BA, considerata dominante col 39,7%, ma c'erano numerosi altri concorrenti nessuno dei quali aveva una quota > 2% e Gttrup-Klim del 1994);

v) Quota < 25%: le imprese «possono essere presunte compatibili con il mercato comune» (considerando n. 32 del Regolamento n. 139/2004 sulle concentrazioni).

3.1.3. L'aspetto temporale

L'importanza del criterio di quota del mercato non deve far perdere di vista la necessità di considerare la prospettiva dinamica, benché sia corretto partire dalla quota di mercato attuale. Infatti, il possesso di una quota di mercato elevata non mette l'impresa che la detiene in posizione di forza se essa non ha carattere durevole (caso *Vitamine*, n. 41). Trattandosi di pellicole cinematografiche, la Commissione ha riconosciuto che le variazioni considerevoli di quote del mercato dei distributori da un anno all'altro non riflettono necessariamente modifiche di potere economico, ma piuttosto la possibilità di avere avuto, nel corso di un anno, films che hanno attirato più spettatori (decisione *UIP*, 12 luglio 1989, n. 57). Questo si applica nei mercati di prodotti non di massa.

3.1.4. Le barriere all'entrata

Le quote di mercato tendono a rivestire un carattere durevole quanto l'accesso al mercato è reso difficile per i terzi che desiderano entrare in concorrenza con le imprese che già vi si trovano: più le barriere sono basse, meno è facile che chi detiene un'alta quota di mercato sia dominante.

Queste «barriere all'entrata» possono essere il risultato di misure legislative o regolamentari, di dati propri del mercato considerato o di comportamenti delle imprese già stabilite.

i) Ostacoli legislativi o regolamentari

Tra gli ostacoli legislativi o regolamentari, citiamo: il possesso di diritti di proprietà industriale, l'esistenza di un monopolio nazionale, l'esigenza di ottenere un'autorizzazione per poter esercitare un'attività, le regole di *numerus clausus*, e così via.

ii) Ostacoli inerenti al funzionamento del mercato

Le barriere che risultano da dati inerenti al funzionamento del mercato sono varie. Citiamo: la necessità di disporre di una tecnologia complessa, la difficoltà d'accesso alle materie prime o agli sbocchi, l'esistenza di importanti economie di scala in un mercato in cui la domanda è poco sensibile alle variazioni di prezzo, l'assenza di propensione degli acquirenti a cambiare fornitori, la quale può a sua volta essere dovuta a fattori psicologici, quali la fedeltà ad un marchio o a fattori tecnici, quasi l'esaurimento della capacità produttiva, la necessità di procedere a lunghe prove prima di accettare un nuovo fornitore o a pratiche restrittive dei fornitori già operanti.

In tutti questi casi si è in presenza di un ostacolo o, almeno, di un costo addizionale che grava sulle società esterne al mercato senza che abbiano gravato su quelle già presenti. Tuttavia, la

Commissione e la Corte tendono ad allargare la nozione di barriera all'entrata per includere ogni costo che debba essere sopportato dagli operatori di una data industria, anche se il costo deve (o ha dovuto) essere sopportato da quelli che sono già presenti, come la necessità di investimenti importanti per poter produrre o distribuire un dato prodotto. Tuttavia non dovrebbero superare la soglia dell'eccezionalità quegli investimenti che siano ammortizzabili coi ricavati delle vendite nel periodo medio indicato nel settore.

iii) Ostacoli derivanti dal comportamento delle imprese

Infine, gli ostacoli derivanti dal comportamento restrittivo delle imprese già installate comprendono la minaccia di scatenare una guerra dei prezzi in caso di entrata di un potenziale concorrente, il deliberato mantenimento di una capacità di produzione eccedentaria, ed ogni pratica tendente a rafforzare la fedeltà dei clienti, sia che si tratti di spese «eccessive» di pubblicità, di sconti di fedeltà, una differenziazione «artificiale» dei prodotti ed altre misure ancora.

Al contrario di certi autori della Scuola di Chicago noi riteniamo che ogni barriera all'entrata (purché importante), anche quelle che non hanno la loro origine dal comportamento delle imprese installate, debba essere presa in considerazione nel valutare il potere sul mercato (vantaggi competitivi dell'*incumbent* rispetto ai *new comers*). Il carattere restrittivo del comportamento ha importanza soltanto quando si tratta di stabilire se ci si trova in presenza di un abuso, ma non quando si tratta di stabilire se esiste una barriera all'entrata.

3.1.5. L'integrazione verticale

Nel caso *United Brands*, la Corte ha ritenuto importante il grado molto spinto di integrazione verticale che caratterizzava le

attività di questa impresa, la quale possedeva sue proprie piantagioni di banane, raccoglieva essa stessa i frutti, li trasportava tramite la propria flotta bananiera, e li immetteva sul mercato europeo tramite una rete di distribuzione che essa controllava strettamente (nn. 70-96). Se è vero che in questo caso l'integrazione verticale di cui beneficiava *United Brands* le conferiva senza dubbio un vantaggio sui concorrenti, bisogna evitare ogni generalizzazione in questo campo. Il fatto di essere integrato a monte o a valle non accresce di per se il potere di un'impresa nel mercato. È solo nella misura in cui l'integrazione riduce la possibilità per i terzi di accedere alle attività in oggetto che essa produrrà un effetto di esclusione su di essi.

3.1.6. Il potere finanziario

Il potere finanziario (o *deep pocket*) è spesso citato tra i fattori che contribuiscono al potere di un'impresa sul mercato. Infatti, esso è espressamente menzionato nell'art. 2.1 (b) del Regolamento n. 139/2004 tra gli elementi da prendere in considerazione nella valutazione delle concentrazioni. A nostro parere, il potere finanziario merita di essere considerato nella misura in cui è suscettibile di esercitare un'incidenza sulla posizione concorrenziale dell'impresa sul mercato (specialmente quando la mette in grado di scatenare una guerra dei prezzi, sapendo che essa potrà resistere più a lungo dei suoi concorrenti, o le permette di accrescere le sue vendite spendendo somme importanti per la pubblicità o per lo sviluppo di un elevato numero di prodotti). Tuttavia, sono le conseguenze del potere finanziario, specialmente nella misura in cui contribuiscono a rafforzare le barriere all'entrata, piuttosto che il potere finanziario in se stesso, che costituiscono il criterio pertinente.

3.1.7. *Criteri strutturali non considerati*

Non costituisce indice di una posizione dominante il fatto di essere il più grande produttore mondiale di un dato prodotto. Infatti, bisogna considerare unicamente le attività nel mercato rilevante (casi *United Brands*, nn. 97-98; *Vitamine*, n. 47).

Neppure il fatto di produrre una gamma più ampia di quella dei concorrenti è un indice pertinente quando non permette delle economie in materia di costi di produzione e di distribuzione ed i concorrenti non incontrano difficoltà ad immettere sul mercato, a fianco dei prodotti da essi fabbricati, altri prodotti che essi acquistano dai loro produttori rispettivi.

La Corte ha rifiutato di attribuire importanza alla circostanza che un'impresa sia riuscita a mantenere, malgrado una viva concorrenza, quote di mercato largamente intatte. Per la Corte, tale mantenimento «può essere la conseguenza tanto di una efficace politica concorrenziale quanto di una posizione che garantisca all'impresa la possibilità di comportarsi in modo indipendente dalla concorrenza» (caso *Vitamine*, n. 44).

Neppure l'elevato livello dei profitti viene considerato di per se stesso indice di posizione dominante.

3.1.8. *Il potere compensatore*

Nel quadro dell'art. 81.3, la Commissione ha accettato che l'esistenza di acquirenti potenti e bene informati poteva costituire un contrappeso ad una concentrazione eccessiva dell'offerta e giustificare così la concessione di una esenzione. A parte una fuggevole menzione nel caso *Michelin*, ove la Corte rigetta tale argomento senza fornire motivazioni (n. 59) e nel caso *Irish Sugar* dal 7 ottobre 1999, non esistono precedenti su questo problema nel quadro dell'art. 82, benché nel Discussion paper (par. 41) tale funzione compensatrice sia evidenziata.

3.2. I criteri di comportamento ed il loro ruolo

Talvolta i criteri strutturali da soli non bastano per determinare se un'impresa è in posizione dominante. Soccorrono allora gli elementi di fatto legati al comportamento, o a qualcuna delle ipotesi di abuso che vengono prese come base dell'indagine, secondo un argomento che può essere così sintetizzato: se è stato possibile per l'impresa interessata tenere un comportamento tipico di chi è in posizione dominante (ad es. prezzi irragionevolmente alti, limitazione della produzione da renderla insufficiente rispetto alla domanda), ciò significa che l'impresa ha una dominanza sul mercato.

I criteri di comportamento giocano un ruolo per confermare le conclusioni derivanti dall'analisi strutturale e per completarle quando i criteri strutturali non permettono una soluzione sicura. Non si tratta quindi di due metodi escludentisi a vicenda; l'uno e l'altro sono destinati a servire ad un fine unico e possono quindi essere combinati.

Il contrasto tra i due metodi è più apparente che reale, tenuto conto delle strette interferenze che esistono tra comportamento e struttura che fanno sì che un comportamento indipendente si può concepire soltanto se chi l'adotta possiede una posizione sufficientemente importante sul mercato.

3.3. La dipendenza economica (o potere di mercato relativo) e la teoria del partner obbligato

Di potere di mercato si può parlare in una duplice accezione: esso è assoluto quando un'impresa lo detiene rispetto al mercato nel suo complesso e per ciò nei confronti di tutte le imprese presenti su quel mercato o che vi vorrebbero entrare; è relativo quando tale potere è esercitabile nei confronti di una o più imprese individuate: di solito si tratta di una relazione verticale, ad es. committente/fornitore; produttore/distributore.

La necessità di mantenere sul mercato queste imprese «satelliti» ha spinto certi autori a raccomandare l'adozione di un concetto relativo di posizione dominante, che consiste nel legame di dipendenza esistente tra due parti di cui una si presenta come il «partner obbligato» dell'altra⁴⁰. Questo legame può risultare da diverse circostanze, di cui alcune sono esterne ai comportamenti delle parti (monopolio legale, penuria, necessità per un commerciante di disporre nel suo assortimento di un prodotto che costituisce l'oggetto di una forte domanda), mentre altre possono essere tipiche dell'impresa dipendente (impossibilità di ricorrere ad altri metodi di fabbricazione, difficoltà di trovare un altro partner, importanza del fatturato realizzato con il partner dominante, carattere essenziale di questo partner per la sopravvivenza dell'impresa dipendente, lunga durata dei rapporti contrattuali).

La Commissione ha fatto ricorso a più riprese al concetto di «dipendenza» (decisioni *General Motors* del 19 dicembre 1974, *ABG/Imprese petrolifere* olandesi del 19 aprile 1977, *Hugin/Lipton* dell'8 dicembre 1977).

Infine, nella decisione *Magill TV Guide* del 21 dicembre 1988, essa ritiene che la situazione di dipendenza economica esistente tra le imprese desiderose di pubblicare guide di programmi televisivi e gli organismi televisivi conferiva a ciascuno di quest'ultimi una posizione dominante nei confronti degli editori di guide (n. 22).

Tale concezione, che porta a constatare l'esistenza di posizioni dominanti su mercati estremamente stretti (come il «mercato dei certificati di conformità per vetture *General Motors* importate in modo parallelo» o quello di «pezzi staccati che possono essere utilizzati per la riparazione e la manutenzione delle macchine *Hugin*»), è stata accolta con riserva dalla Corte (casi *Metro-SABA I*,

United Brands, Hoffmann-La Roche e Michelin; anche *TPI*, 25 marzo 1999, *Gencor*).

Noi riteniamo che la prudenza della Corte sia giustificata. Nel Trattato le regole della concorrenza non hanno come obiettivo diretto la protezione dei concorrenti, ma deva concorrenza. Quando la situazione di dipendenza risulta da circostanze proprie di un'impresa, quali l'importanza relativa dal fatturato realizzato con il suo partner o la lunga durata dei loro rapporti, non ci sembra che l'art. 82 sia uno strumento appropriato per rimediare alla situazione. Anche quando la dipendenza risulti da circostanze estrinseche, come nei casi che hanno dato luogo a decisioni della Commissione, bisogna considerare che il fatto che un'impresa sia il partner obbligato di un'altra non esclude che essa sia soggetta alla pressione della concorrenza per alcune sue altre attività e che di questa pressione benefici l'impresa dipendente. Così, il fatto che l'acquirente di una macchina dipenda dal suo venditore per la fornitura dei pezzi di ricambio non impedisce che il venditore sia esposto alla possibilità di perdere il suo cliente, quando si tratterà di acquistare una nuova macchina, se il servizio dei pezzi di ricambio non è stato assicurato a condizioni soddisfacenti. Ne consegue che il criterio di dipendenza deve essere utilizzato con grande prudenza se si vuole evitare di giungere ad una deviazione dal sistema dell'art. 82. Laddove si è inteso garantire la sopravvivenza delle imprese «dipendenti» proibendo comportamenti che non incidono sul mercato in generale lo si è fatto con norma specifica.

3.4. Problemi particolari

3.4.1. Posizione dominante e monopolio

Definendo la posizione dominante come la «possibilità di comportamenti indipendenti che mettono l'impresa dominante in condizione di agire prevalentemente senza tener conto dei

concorrenti, degli acquirenti o dei fornitori», la Corte è costretta ad ammettere che la posizione dominante non si identifica con il monopolio. Essa afferma d'altronde espressamente che «non è necessario che un'impresa abbia eliminato ogni possibilità di concorrenza per essere in posizione dominante» (caso *United Brands*, nn. 65 e 113).

Questa interpretazione a noi pare fondamentale giustificata allorché si tratta di permettere il controllo di comportamenti tendenti alla eliminazione dei concorrenti; infatti nulla nel testo e neppure nello spirito del Trattato impone di assimilare le due nozioni di posizione dominante e di monopolio; al contrario, una interpretazione ampia del concetto di posizione dominante per mettere di colpire le situazioni nelle quali la concorrenza, già indebolita, rischierebbe di essere danneggiata durevolmente dal comportamento di un'impresa che detiene una posizione di forza in rapporto ai suoi rivali. Per contro, quando l'abuso consiste nello sfruttamento da parte dell'impresa del suo potere in pregiudizio dei fornitori o dei consumatori, si deve esigere un grado più elevato di dominio perché si possa intervenire in virtù dell'art. 82, poiché simile sfruttamento presuppone, per poter aver successo, la scomparsa quasi totale di ogni reale alternativa per la controparte.

Se l'esistenza di una posizione dominante non implica necessariamente quella di monopolio, l'esistenza di un monopolio implica quella di posizione dominante qualunque sia l'origine del monopolio considerato. L'art. 82 è applicabile non solo quando la posizione dominante è imputabile all'atti vita dell'impresa, ma anche quando essa è dovuta a disposizioni legislative o regolamentari che escludano ogni concorrenza sul mercato⁴⁶. Se il monopolio è detenuto da un'impresa pubblica ai sensi dell'art. 86.2, i divieti dell'art. 82 valgono, per ciò che concerne il comportamento di questa

impresa sul mercato, fintanto che non sia dimostrato che tali divieti sarebbero incompatibili con il compimento della missione particolare di questa impresa (casi *Sacchi*, n. 15; *Hofner*, n. 24).

3.4.2. Posizione dominante ed oligopolio (dominanza collettiva)

Se in un mercato a struttura oligopolistica gli imprenditori si fanno concorrenza essa sarà violenta e benefica; ma più spesso essi saranno tentati dalla collusione, soprattutto se il loro rapporto tende ad essere duraturo, come insegna la nota teoria dei giochi.

Poiché l'art. 82 si riferisce esplicitamente alla possibilità che l'abuso sia il fatto di «una o più imprese» viene naturale pensare alla possibilità di applicarlo alle situazioni in cui i legami di interdipendenza tra membri di un oligopolio fanno sì che il loro comportamento differisca da quello che esisterebbe in regime di concorrenza efficace. Infatti, il carattere attenuato dalla concorrenza tra membri di un simile oligopolio può avere degli effetti pregiudizievoli per i consumatori, come l'imposizione di prezzi eccessivamente elevati o la limitazione della produzione o dello sviluppo tecnico. Nella misura in cui questi effetti sono la conseguenza della posizione monopolistica che le imprese detengono collettivamente, l'art. 82, a nostro avviso, dovrà esser loro applicato.

Nel caso *Vitamine* la Corte sembrava aver escluso la possibilità di applicare l'art. 82 ad un oligopolio. Essa sottolinea la necessità di distinguere la posizione dominante «dai parallelismi di comportamenti tipici delle situazioni di oligopolio, in quanto in un oligopolio i comportamenti s'influenzano reciprocamente, mentre in caso di posizione dominante il comportamento dell'impresa che si trova in tale posizione è, in gran parte determinato unilateralmente» (n. 39).

Noi riteniamo che, se si dovesse interpretare questo passaggio come escludente l'applicazione dell'art. 82 al

comportamento parallelo dei membri di un oligopolio, si arriverebbe a restringere indebitamente il suo campo di applicazione. Al contrario, il fatto che il parallelismo sia la conseguenza dell'interdipendenza esistente tra membri dell'oligopolio non impedisce che questi ultimi possano presentarsi, nei rapporti con i loro clienti, come una sola unità (*collective entity*) e che il loro comportamento riveli riguardo a ciò un grado di interdipendenza caratteristico dell'esistenza di una posizione dominante. Tale risultato non sarà tuttavia la conseguenza inevitabile dell'esistenza del monopolio, quanto piuttosto del comportamento delle imprese. Conviene allora non accontentarsi di un'analisi puramente strutturale, ma di verificare se la condotta degli oligopolisti è, nei fatti, anticoncorrenziale. Ne consegue che l'esistenza della posizione dominante collettiva ed il suo abuso sono, in questo caso, strettamente legati, nel senso che, provato il secondo, probabilmente esiste anche la prima. Oggi si ritiene generalmente che la dominanza collettiva sia regolata dall'art. 82, benché permangano seri dubbi sui suoi elementi costitutivi e sulla linea di demarcazione con le pratiche concertate colpite dall'art. 81 (v. retro, p. 41).

La posizione dominante collettiva ha percorso una sua parabola: partiamo dal caso Vetro Piano del 1992 dove si era stabilito che era necessario esistessero vincoli economici comportanti che le imprese si presentassero sul mercato come un'unica entità. Passando per le sent. *Almelo* e *Irish Sugar*, si giunge al caso *Compagnie Maritimes Belge* del 16 marzo 2000 dove, confermando la necessità che gli oligopolisti agiscano sul mercato come «un'entità collettiva» la Corte ha detto che i legami non devono necessariamente discendere da accordi, ma possono essere rappresentati da fattori derivanti dalla struttura del mercato: si è aperta così la porta alla nozione di «interdipendenza economica» che si avrebbe quando ciascuno dei pochi fornitori si rende conto che se

abbassa i suoi prezzi i concorrenti dovranno adeguarsi tagliando rapidamente altri menti perderanno la maggior parte della quota di mercato; di conseguenza gli oligopolisti preferiscono mantenere alti i prezzi, ciò che è possibile solo se l'oligopolio rimane (e viene correttamente delimitato) attorno alla cifra di quattro o cinque operatori, come suggerisce la migliore dottrina economica e giuridica. Nell'applicare la dottrina della posizione dominante collettiva al controllo delle concentrazioni si è subito andati oltre; dopo *Nestlé-Perrier e Gencor* il punto di arrivo (per ora) sembra *Airtours* dove la Corte ha affermato che per ch  possa crearsi una situazione di posizione dominante collettiva   necessario che: 1) ciascun membro dell'oligopolio dominante possa conoscere il comportamento degli altri membri, al fine di verificare se essi adottano la stessa linea di azione; 2) la situazione di coordinamento tacito possa conservarsi nel tempo, per la sussistenza di un credibile meccanismo di ritorsione attuabile nei confronti di chiunque si discosti dalla linea di condotta comune; 3) sia data prova che la reazione prevedibile dei concorrenti effettivi e potenziali, nonch  dei consumatori, non rimetterebbe in discussione i risultati attesi dalla comune linea d'azione. Il coordinamento, comunque necessario, pu  assumere varie forme.

Si pu  dubitare della correttezza di applicare alle due fattispecie (abuso di posizione dominante e controllo delle concentrazioni) gli stessi criteri di analisi per il semplice motivo che nel primo caso esistono tutti gli strumenti per vedere se abuso c'  stato o no, mentre nel secondo la valutazione   prognostica e perci  stesso indiziaria di un pericolo solo potenziale (la struttura di stretto oligopolio), con la conseguenza che la Commissione ben pu  essere pi  severa nel valutare il pericolo di una dominanza collettiva.

Tuttavia nel campo delle telecomunicazioni la Commissione ha indicato un numero assai elevato di criteri induttivi della

dominanza collettiva (quattordici, a titolo non esaustivo), ciò che indica la complessità di una tale analisi ed il pericolo di un'applicazione ingiustificatamente allargata.

3.4.3. Posizione dominante e diritti di proprietà industriale

La protezione particolare conferita dai diritti di proprietà industriale, in sé stessa, non conferisce al loro titolare una posizione dominante ai sensi dell'art. 82, ma nei casi in cui essa ci sia, l'esercizio di diritti di proprietà industriale può in certe circostanze costituire un abuso.

Bisogna partire dal principio, affermato dalla Corte nei casi *Volvo* n. 8 e *Renault*, n. 11 che la facoltà per il titolare di un diritto di proprietà industriale di opporsi alla fabbricazione da parte di terzi di prodotti coperti da questo diritto e di impedire l'importazione e la vendita di simili prodotti fabbricati senza il suo consenso in altri Stati membri «costituisce l'essenza stessa del suo diritto esclusivo». Perciò il solo fatto di rifiutare a dei terzi, anche in corrispettivo di royalties ragionevoli, una licenza per la fabbricazione dei prodotti protetti non potrebbe essere considerato in sé stesso come un abuso di posizione dominante. La protezione subirebbe un'erosione se il titolare di un diritto che ha avuto successo fosse tenuto a darne licenza ai concorrenti nel momento in cui il diritto o il prodotto che incorpora il diritto diventa dominante sul mercato. Una tale imposizione significherebbe private il titolare della sostanza del diritto esclusivo. Ci possono tuttavia essere casi eccezionali.

Una ipotesi di questo tipo è stata verificata nel caso *Magill* 6 aprile 1995 ove la Corte decretò che il rifiuto di una licenza era illegittimo «in circostanze eccezionali» quali: a) l'impresa impedisce l'innovazione di prodotto a danno dei consumatori (questo significa che l'impresa che richiede la licenza non intende limitarsi solo a duplicare i beni o servizi già offerti sul mercato dal titolare dei

diritto, ma intende produrre nuovi beni o servizi non offerti dal titolare del diritto e per i quali c'è una domanda dei consumatori rimasta insoddisfatta); b) non c'è alcuna giustificazione per il rifiuto (per es. si tratta di un *by-product*), c) l'effetto del rifiuto è l'esclusione della concorrenza, il che si verificherebbe quando sia possibile per i concorrenti utilizzare un'altra tecnologia alternativa efficiente (*workable*) o inventare qualcosa di equivalente (*invent around the IPR*) è questo il caso quando la tecnologia sia divenuta uno «standard» oppure quando l'interoperabilità con il prodotto protetto dal diritto di proprietà industriale è necessario perché un'impresa possa entrare o rimanere sul mercato di quel prodotto.

Le tre condizioni sono state ribadite nel caso *IMS* del 29 aprile 2004 colorandole del carattere di affermazione pregiudiziale per diritto.

Per dare fondamento all'illiceità del rifiuto di concedere una licenza si invoca talvolta la dottrina delle «infrastrutture essenziali», ma si pone il problema se i diritti di proprietà industriale richiedano una particolare tutela rispetto alla proprietà di beni materiali nell'applicazione di tale dottrina: ritorneremo sul punto.

3.4.4. *Posizione dominante all'acquisto (Nachfragemacht)*

La posizione dominante può manifestarsi tanto nei rapporti a monte quanto nei rapporti a valle. Essa dunque può manifestarsi anche sul lato della domanda: nella fase della produzione si è acuita con il diminuire del grado di integrazione verticale a monte (*backward*) e lo sviluppo della c.d. «sub-fornitura»; nella fase del commercio ha cominciato ad apparire con lo sviluppo della grande distribuzione, le cui catene impongono le loro condizioni ai produttori. Il potere di mercato dal lato della domanda (*Nachfragemacht*) dà luogo più spesso ad uno stato di dipendenza economica che non ad una posizione dominante in assoluto. I casi in

cui la Commissione ha condannato una posizione dominante per abuso verso i fornitori sono tuttavia assai rari (GEMA, BRT/SABAM, Eurofima, diritti sportivi, caso *British Airways*, 17 dicembre 2003).

4. La parte sostanziale del mercato comune ed il pregiudizio al commercio fra Stati membri

4.1. Nozione di «parte sostanziale»

L'art. 82 vieta lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante «sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo».

Tale nozione non concerne la definizione del mercato rilevante, ma prevede una condizione quantitativa minima alla quale la posizione dominante deve rispondere. È soltanto dopo che si è definito il mercato rilevante che ci si domanderà se esso comprende una parte sostanziale del mercato comune. Tale distinzione non appare sempre in modo chiaro nella giurisprudenza. Così, molte sentenze collegano le due operazioni, evocando la necessità di definire «la parte sostanziale del mercato comune» di cui trattasi. Il problema viene così riportato alla dottrina *de minimis* oppure annacquato in quello più ampio del pregiudizio interstatuale.

4.2. Estensione

Ci si è chiesti se l'espressione «parte sostanziale del mercato comune» implica che il mercato debba oltrepassare le frontiere di un solo Paese. Molti autori sono per l'affermativa, poiché l'interpretazione contraria porterebbe a sottomettere al diritto comunitario fenomeni interamente localizzati all'interno delle frontiere di un solo Stato membro. Tale argomento è privo di valore poiché, per ricadere sotto i colpi dell'art. 82, l'abuso di posizione dominante deve essere suscettibile di impedire il commercio tra Stati

membri; anche se è interamente situato in un solo Stato membro, nondimeno sarà sottoposto alle regole del trattato, a causa del pregiudizio arrecato al commercio interstatuale. Tuttavia, sarebbe errato credere che ogni posizione dominante suscettibile di pregiudicare il commercio tra Stati membri sia sottoposta all'art. 82; la nozione di «parte sostanziale» introduce un elemento quantitativo nella determinazione del mercato geografico: bisogna che l'area geografica sulla quale l'impresa dispone di una posizione dominante abbia una certa importanza economica. Così, una posizione dominante su di un mercato costituito da due villaggi situati da una parte e dall'altra di una frontiera nazionale non è considerata dall'art. 82.

Non è neppure escluso che una parte più piccola del territorio di uno Stato membro sia considerata come sufficiente, tenuto conto della sua importanza economica nella produzione o nel consumo considerato.

4.3. Il pregiudizio al commercio fra Stati membri

Nel caso di abuso di posizione dominante è utile distinguere tra gli abusi che creano barriere all'entrata o eliminano i concorrenti (pratiche escludenti) e quelli mediante i quali l'impresa dominante sfrutta il suo potere economico, ad es. con prezzi eccessivi o discriminatori (pratiche di sfruttamento): nei primi è più facile che si verifichi il pregiudizio al commercio interstatuale, che non è escluso neppure nei secondi soprattutto quando la pratica è tenuta in diversi Stati. Quando invece la pratica è tenuta in un singolo Stato membro può essere necessario procedere ad indagare gli effetti caso per caso. Se l'impresa opera e tiene la pratica abusiva in tutto il territorio il pregiudizio è probabile che ci sia, se invece l'abuso è di natura puramente locale o riguarda soltanto una parte insignificante delle

rendite dell'impresa dominante la pratica può non essere atta a pregiudicare in maniera sensibile il commercio interstatuale.

5. L'abuso

5.1. Abuso nelle relazioni verticali e abuso nelle relazioni orizzontali

La Commissione e la Corte ritengono che le pratiche abusive di un'impresa dominante possono manifestarsi nei confronti dei concorrenti attuali, dei concorrenti potenziali, dei fornitori o degli utilizzatori (inclusi i consumatori).

Ne consegue che l'art. 82 presenta un carattere ibrido permette di intervenire sia contro i comportamenti che mirano ad impedire l'accesso dei terzi al mercato o ad eliminarli dal mercato, le «pratiche escludenti» (il *Behinderungsmissbrauch* del diritto tedesco) che contro quelli con i quali l'impresa dominante sfrutta il suo potere a detrimento dei fornitori o degli utilizzatori, le «pratiche di sfruttamento» (l'*Ausbeutungsmissbrauch*): l'uno e l'altro con pregiudizio per i consumatori. Tuttavia i principi economici sottesi all'abuso di sfruttamento rispetto all'abuso di esclusione non sono gli stessi.

5.2. Carattere oggettivo della nozione

Lo sfruttamento abusivo non è definito dal Trattato. Per precisarne il contenuto è opportuno far riferimento agli obiettivi del Trattato e particolarmente alla nozione di «concorrenza non falsata» (art. 3, lett. g). Questo punto di partenza è imposto dal testo dell'art. 82 che qualifica come «incompatibile con il mercato comune» lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante.

La nozione di abuso ha dunque un contenuto oggettivo, essa non implica necessariamente l'intenzione di nuocere e neppure un comportamento moralmente repressibile (decisione GEMA, casi *Continental Can*, *Vitamine*). Secondo la Corte (caso *Hoffmann-La*

Roche, 13 febbraio 1979) il comportamento abusivo implica che: a) esso sia atto ad infittire sulla struttura del mercato; b) esso sia improprio in quanto messo in atto con mezzi difforni da quelli su cui si basa la concorrenza prestazionale; c) non risulti alcuna giustificazione obiettiva che lo motivi.

5.3. Incidenza del movente perseguito

Il fatto che la nozione d'abuso non implichi generalmente alcuna colpa non significa che il movente perseguito sia privo di rilevanza, una impresa può decidere di limitare la sua produzione per ragioni giustificabili, e non unicamente allo scopo di uno sfruttamento monopolistico del mercato. Il basso livello dei prezzi praticato da un'impresa non sarà considerato come abusivo se non quando sia accertato che ha per obiettivo l'eliminazione di un concorrente o la restrizione della concorrenza (decisione *AKZO*, 14 dicembre 1985, n. 80 e sent. 3 luglio 1991, nn. 71-72). Allo stesso modo, il rifiuto di vendita non riveste carattere abusivo quando è da ricondurre ad inadempienze contrattuali imputabili all'altra parte (decisione *Boosey & Hawkes*).

L'esistenza di un movente lecito non è sufficiente tuttavia a giustificare un comportamento che fosse principalmente ispirato dalla volontà di sfruttare abusivamente i consumatori o di impedire la libertà di azione dei concorrenti (decisione *BPB Industries*, 5 dicembre 1988, n. 127).

5.4. L'abuso deve essere stato realizzato o esternarsi in un comportamento sul mercato?

Semplici progetti non tradotti nei fatti non potrebbero costituire un abuso nella misura in cui non producano alcun effetto sulla concorrenza. Il tentativo d'abuso non è punibile come tale.

Ma minacce, tattiche vessatorie o di intimidazione potrebbero costituire in frazioni dell'art. 82, anche se non raggiungessero l'effetto desiderato.

Uguualmente, non è escluso che l'invio di lettere di diffida o l'esercizio di azioni giudiziarie possa essere considerato come abusivo, tenuto conto delle circostanze.

5.5. Gli effetti dell'abuso devono essere sensibili?

Nel quadro dell'art. 81, Commissione e Corte esigono che la restrizione di concorrenza produca effetti sensibili sui terzi. La stessa esigenza vale per l'art. 82? Basandosi sull'idea che l'esistenza della posizione dominante è già di per sé tale da indebolire il grado di concorrenza esistente sul mercato, Commissione e Corte applicano l'art. 82 in tutti i casi in cui il comportamento abusivo è tale da portare un pregiudizio addizionale anche di ampiezza limitata ma sensibile, al normale funzionamento del mercato.

5.6. Criteri del comportamento abusivo

Resta da stabilire secondo quale criterio si deciderà che un dato comportamento è abusivo. La difficoltà deriva dal fatto che la nozione di abuso comprende sia i comportamenti che mirano ad eliminare la concorrenza («l'abuso monopolizzazione») che quelli che consistono nello sfruttamento di fornitori o di consumatori («l'abuso-sfruttamento»). Un criterio potrà essere adeguato per un tipo di abuso e non per un altro.

a) *L'effetto anticoncorrenziale*. Si sostiene a volte che la nozione di abuso ai sensi dell'art. 82 corrisponde a quella di restrizione della concorrenza ai sensi dell'art. 81.1. Tale criterio non si adatta all'abuso-sfruttamento: quando un'impresa dominante impone prezzi eccessivi ai suoi clienti, essa si comporta in modo pro-concorrenziale poiché ne risulta un incitamento per i suoi concorrenti

ad installarsi sul mercato. Se si trattasse dell'abuso-monopolizzazione, il criterio proposto potrebbe apparire più appropriato perché si intacca la struttura stessa dal mercato.

b) *Il carattere anormale del comportamento.* Secondo la sentenza *Vitamine*, la nozione di sfruttamento abusivo riguarda i comportamenti di un'impresa che ha fatto ricorso a «mezzi diversi da quelli su cui si impenna la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici» (n. 91). In effetti, l'esistenza di una posizione dominante fa sì che l'impresa che la detiene «sia tenuta in modo particolare a non compromettere con il suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune» (caso *Michelin*, n. 57). Per cui, il semplice fatto che i mezzi ai quali ricorre un'impresa dominante siano normali, nel senso che sono utilizzati anche dalle altre imprese operanti sul mercato, non è sufficiente per escludere l'applicazione dell'art. 82.

Numerosi comportamenti – quali la pratica delle clausole di esclusiva, sconti fedeltà, prezzi differenziati, prestazioni gemellate, rifiuti di fornitura, fusioni ed acquisizioni – non hanno nulla di «anormale» e possono impunemente essere adottati da imprese non dominanti, mentre invece sarebbero vietati se per mettersero ad una impresa dominante di rafforzare o consolidare la sua posizione. Secondo noi è anormale quella concorrenza che non sia basata sulle «prestazioni», echeggiando così la dottrina della *Leistungswettbewerb* elaborata in Germania dalla Scuola degli *Ordoliberalen* fin dagli anni '50.

c) *Il criterio di proporzionalità.* Il criterio di proporzionalità è stato a volte proposto per giudicare del carattere abusivo di un comportamento.

Tale criterio può rendere un miglior servizio in caso di abuso-sfruttamento che non in caso di abuso-monopolizzazione. In

questo secondo caso, infatti, non importa tanto il carattere «eccessivo» dell'impedimento alla concorrenza in rapporto all'obiettivo perseguito, quanto la natura dei mezzi messi in opera per raggiungere l'obiettivo. L'art. 82 non impedisce ad una impresa dominante di rafforzare la sua posizione sul mercato con una crescita interna. Un simile rafforzamento può anche portare ad una situazione di monopolio assoluto senza che ciò costituisca un abuso. Non si potrebbe pertanto rimproverare un'impresa di accrescere «in modo eccessivo» il suo potere di mercato, dal momento che essa non lo fa con mezzi abusivi.

d) *La concorrenza basata sulle prestazioni.* Dovendo definire l'abuso commesso nei rapporti orizzontali, è l'idea di concorrenza basata sulle prestazioni (*Leistungswettbewerb, competition on the merits*), che ci sembra la più feconda. Assai meglio della nozione di «concorrenza normale», essa indica i limiti specifici che si impongono alle imprese in posizione dominante. Così, comportamenti concorrenziali ammissibili quando sono assunti da imprese senza potere di mercato possono ricadere sotto i colpi dell'art. 82 se tenuti da un'impresa dominante e non arrecano vantaggi oggettivi concernenti la qualità o l'efficienza.

È a questo concetto che la Corte ha fatto riferimento nel caso Vitamine quando ha fatto allusione ai «mezzi ... su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi fondata sulle prestazioni degli operatori economici» (n. 91).

e) *Conclusioni: dualità del criterio da utilizzare.* Risulta da quanto detto che, avendo la nozione di abuso una doppia faccia, non si potrebbe applicarle un criterio unico. Quando si tratti di comportamenti diretti verso fornitori o acquirenti, è applicando il principio di proporzionalità che si potrebbe emettere una sentenza sul loro carattere eventualmente abusivo. Quando invece si tratti di comportamenti diretti verso concorrenti, bisognerà verificare se si

tratta della manifestazione di un'efficienza superiore, di una migliore attitudine a prendere in considerazione i bisogni della clientela, di una migliore capacità, di innovazione, o al contrario si tratta di comportamenti che – anche se sono di quelli che imprese più deboli possono legittimamente adottare – hanno per effetto di impedire l'accesso o di comportare l'eliminazione di terzi dal mercato senza riposare su prestazioni di qualità superiore. Per il passato si è notato l'assenza di una specifica valutazione economica degli effetti del comportamento, prospettiva migliorata negli ultimi anni: redine un esempio nella decisione *Wanadoo* del 16 luglio 2003.

Si avverte anche l'esigenza di ridurre l'ambito delle presunzioni (di abuso) e di non trascurare le cause di «oggettive giustificazioni».

6. *Il legame tra la posizione dominante e l'abuso*

La posizione dominante e l'abuso devono esistere sullo stesso mercato? La Corte ha ammesso nel caso *Zoja-CSC* che un abuso di posizione dominante su di un mercato poteva essere condannato a causa degli effetti che produce su di un altro mercato (n. 22). Nella decisione *ECS/AKZO*, la Commissione ha ritenuto che AKZO, avendo una posizione dominante sul mercato dei perossidi organici, aveva abusato della sua posizione dominante su questo mercato tentando di eliminare ECS (che aveva tentato di penetrare su questo primo mercato) dal mercato degli additivi per la farina. Nei due casi, l'abuso si era prodotto sul medesimo mercato di quello in cui l'impresa deteneva una posizione dominante, anche se i suoi effetti tangibili si producevano su mercati differenti.

Nella decisione *Tetra Pak II* del 24 luglio 1991 la Commissione ha sanzionato *Tetra Pak*, che deteneva una posizione dominante sul mercato dei confezionamenti asettici dei prodotti alimentari liquidi, per dei comportamenti sul mercato dei

confezionamenti non asettici, poiché l'esistenza di rapporti fra questi due mercati, e specialmente il fatto che numerosi operatori erano attivi simultaneamente su tutti e due, consentiva di ritenere che i comportamenti di *Tetra Pak* violavano l'art. 82.

La Commissione e la Corte non si sono ancora pronunciate quanto alla possibilità di applicare l'art. 82 ad un comportamento che si produca su di un mercato senza alcuna relazione con quello dove esista la posizione dominante. A nostro avviso, la risposta deve essere negativa. Infatti, l'art. 82 mira a vietare «il comportamento di un'impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito e che ha come effetto di ostacolare ... la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza» (caso *Vitamine*, n. 91). Il perseguimento di questo obiettivo non esige che si limiti la libertà di azione delle imprese sui mercati in cui esse non sono in posizione di forza. È solo quando un'impresa è in grado di utilizzare il suo potere su di un mercato che domina al fine di ottenere vantaggi su di un altro mercato – dunque se esiste un rapporto di causalità tra la sua posizione sul mercato dominato ed il suo comportamento su di un altro – che si può considerare questo comportamento come vietato dall'art. 82.

LA QUANTIFICAZIONE DEL DANNO ANTITRUST

Roberto Pardolesi

SOMMARIO: *I. La riscoperta del private enforcement - II. Pubblico e privato a confronto: un abbozzo di analisi economica in chiave di deterrenza e compensazione - III. Limiti del public enforcement e virtù del “doppio binario” - IV. L'azione di danno antitrust: un primer della Cassazione. Il (falso) problema dell'ingiustizia del danno - V. Nesso di causalità e prova del danno: presunzioni e dintorni - VI. L'altra faccia della causalità: passing-on e remoteness - VII. L'incerto decorso della prescrizione - VIII. Uno sguardo al futuro: “facilitare le azioni di danno antitrust”?*

I. La riscoperta del private enforcement

Per cominciare, due rilievi, all'insegna dell'ovvietà.

Primo rilievo. La possibilità, per i privati, di attivare la disciplina antitrust c'è sempre stata, tanto a livello europeo quanto in ambito nazionale. C'era già al tempo degli esordi (stentati); e, comunque, già a partire dalla metà degli anni '70 la Commissione Ce aveva sottolineato la piena esperibilità degli artt. 81 (con la riserva, imbarazzante, del terzo comma) e 82 del trattato dinanzi alle autorità giudiziarie nazionali. Più in là, pronunce come *Courage v. Crehan*¹ e, di recente, *Manfredi*² si sono incaricate di avvertire che la piena efficacia delle regole comunitarie sarebbe stata messa a repentaglio se non si fosse garantita al privato la facoltà di far valere le proprie ragioni, vulnerate da una condotta anticompetitiva. Per quanto riguarda il nostro sistema, l'art. 33, comma 2, l. 287/90, pur con tutto il bagaglio di incertezze e, talora, incongruità sistemiche che ne

¹ Corte giust. 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Racc.* I-6297.

² Corte giust. 13 luglio 2006, cause riunite C-295-298/04 (in *Danno e resp.*, 2007, 19).

hanno punteggiato la traiettoria applicativa³, non lascia dubbi al riguardo. E l'*incipit*, con il caso *Telsystem*⁴, non è certo passato sotto silenzio.

Secondo rilievo. La possibilità, per i privati, di attivare la disciplina antitrust c'è sempre stata, anche sotto i nostri cieli; ma non se n'è accorto nessuno (o quasi). In tutto, sessanta (più precisamente, sessantadue) azioni registrate fino al 2004 in Europa (una decina fondate sul diritto comunitario, le altre d'ispirazione domestica): quanto basta perché il Rapporto Ashurst potesse parlare, e come smentirlo?, di "totale sottosviluppo". Il fatto è che il giudice nazionale soleva trovarsi, rispetto all'art. 81 del Trattato, in una situazione di sostanziale 'cattività', perché relegato alla funzione (molto marginale) di dioscuo di un antitrust invocato a mo' di *shield*, cioè come difesa nell'ambito di una controversia interindividuale. Giusto un esempio, per intenderci, ma di quelli famosi, perché hanno segnato tappe fondamentali di un'evoluzione che oggi stentiamo a scrollarci di dosso: il noto caso *Pronuptia de Paris*, dove Irmgard Shillgalis, battagliera *franchisee* di Amburgo morosa nel pagamento degli abiti nuziali, tentava di sottrarsi all'azione esecutiva promossa dal *franchisor* opponendo la nullità del contratto per violazione, appunto, del divieto di intese (verticali) restrittive della concorrenza. Da quella cattività il giudice è stato,

³ La competenza del giudice d'appello per le sole controversie antitrust nazionali (e limitatamente a tali profili, sì che le questioni eventualmente collegate a quella principale vanno proposte dinanzi ad altro giudice ed in un diverso grado di giudizio) comporta, a mo' di conseguenza (anomala), che le ordinarie regole in materia di competenza stabilite dal codice di procedura civile continuino a valere per il *private enforcement* della disciplina comunitaria, rimesso dunque allo scrutinio di primo grado del giudice di pace o del tribunale. Per un'analisi dettagliata del riparto della competenza in materia antitrust, v. M. CARPAGNANO, *Private enforcement of competition law arrives in Italy: analysis of the judgment of the European Court of Justice in joined cases C-295-289/04 Manfredi*, 3 *Comp. L. Rev.* 47 (2006).

⁴ App. Milano 18 luglio 1995, in *Foro it.*, 1996, I, 276.

almeno formalmente, riscattato col Reg. 1/2003: anche se aleggia il dubbio che la rivoluzione copernicana introdotta dalla disciplina ‘modernizzata’ continui, in maniera alquanto gattopardesca, a presupporre che il ruolo delle autorità giudiziarie ordinarie, legittimate all’esercizio olistico dell’art. 81, sia ancora e sempre sussidiario, ovvero, secondo l’ambigua formulazione del considerando n. 7, metta capo ad un rapporto di complementarità potenzialmente idoneo a schiudere dimensioni nuove, ma esposto altresì alla tentazione di riproporre l’*understatement* previgente. Resta, cioè, il problema di comprendere se si è davvero ad un nuovo inizio, specie alla luce di prese di posizione – come quella di *Courage* – che non tentennano neppure di fronte alla prospettiva di includere, nel novero dei soggetti ammessi al ristoro, chi, venendo *contra factum proprium*, esibisca le proverbiali *unclean hands*.

Delle due l’una. O il 1° maggio del 2004 è successo qualcosa, un piccolo/grande terremoto all’interno della Commissione europea, che non ha ancora prodotto tutti i suoi rivolgimenti, ma che ha avviato un processo di ridefinizione della dialettica fra *public* e *private enforcement*, mettendo in dubbio la (da sempre scontata) centralità del primo. Oppure si dovrà constatare che, nel segno di una complementarità declinata in modo riduttivo, l’unica dimensione di apertura per il *private enforcement* va ad esser contenuta entro il perimetro delle *follow-on actions*, cioè delle azioni che seguono l’iniziativa attivata dall’autorità preposta, con un contributo dei privati (importante quanto si vuole, ma) sostanzialmente parassitario, perché volto a prendere un *free ride*, un passaggio gratuito, nella scia aperta dalla decisione dell’autorità di turno.

La convinzione che il *private enforcement* si riduca ad una dimensione di questo tipo – antitrust come *shield*, più impiego soltanto ‘derivativo’ a mo’ di *sword*- è stata messa seriamente in

discussione dal Libro verde della Commissione⁵, che, da un lato, spinge alla riscoperta dell'apporto giudiziale attivato dai privati (e, quindi, anche della *stand-alone action*, assolutamente autonoma ed 'originale', sì da anticipare o addirittura sostituire l'iniziativa dell'autorità); e, dall'altro, può tenere a battesimo scenari completamente diversi, spianando la strada a quella che, scherzosamente ma non troppo, chiamerei "privatizzazione dell'antitrust".

II. Pubblico e privato a confronto: un abbozzo di analisi economica in chiave di deterrenza e compensazione

Se, pur con tutto il distacco imposto dalla necessità di schivare omologazioni all'ammasso, effettuassimo un confronto sommario con l'esperienza nordamericana, scopriremmo, dati alla mano, che negli Stati Uniti oltre il 90% dei procedimenti antitrust è attivato dai privati (nel 2004, per esempio, il 95,7% delle procedure antitrust ha avuto origine privata)⁶. Le ragioni di tale divaricazione non sono punto ovvie.

⁵ Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, Bruxelles, 19 dicembre 2005, COM (2005) 672, su cui v. S. BASTIANON, *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza. Prime riflessioni sul Libro verde della Commissione*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2006, n. 2, 315.

⁶ Si veda il SourceBook of Criminal Justice Statistics Online <http://www.albany.edu/sourcebook/pdf/t5412004.pdf>, tavola 5.41.2004: nel periodo compreso tra il 1975 e il 2004, sono solo nove gli anni in cui la percentuale di *private enforcement* è scesa (di poco) sotto il 90%. Per ulteriori elaborazioni cfr. R. VAN DEN BERGH, P. CAMESASCA, *Economic analysis of competition law*, Antwerp, 2006, 26, e C. A. JONES, *Private antitrust enforcement in Europe: a policy analysis and reality check*, 27(1) *World Competition*, 2004, 22 (rapporto di 1 a 10 tra cause civili e provvedimenti amministrativi). Una prima classificazione della casistica in D. H. GINSBURG, *Comparing antitrust enforcement in the United States and in Europe*, 1 *J. Competition L. & Econ.* 427 (2005).

Vi concorre, per certo, la generale riluttanza del sistema europeo ad affidare la deterrenza all'iniziativa giudiziale dei privati, a fronte di un approccio statunitense speculare ed opposto, che opera ad un tempo come causa ed effetto di scelte procedurali (*treble damages, contingency fees, class actions*) risolutamente favorevoli agli attori d'oltre Atlantico. Il dato culturale si riverbera sugli strumenti disponibili; e diventa allora difficile, quasi un problema di "chicken and egg", stabilire se la mancata elaborazione europea di istituti di analoga efficacia vada ascritta alle persistenti remore ideologiche o sia essa stessa all'origine della scarsa fortuna sin qui arrisa alla traiettoria compensativa. Per di più, si suole assumere che le azioni per danno antitrust siano ridotte di numero perché, di norma, le vittime dell'illecito hanno una limitata conoscenza del pregiudizio sofferto: consumatori e PMI, si osserva, stentano persino a riconoscere l'esistenza del danno, mentre la singola autorità, sia essa Commissione o Autorità nazionale, dispone di poteri inquisitori penetranti e di una capacità di accesso alle prove particolarmente incisiva. Ancora, si rileva che le violazioni antitrust producono, assai di frequente, danni limitati per un novero elevato di interessati, col risultato, per la verità già sperimentato (e risolto) in altri settori, di elidere l'incentivo individuale a ricorrere in giudizio, anche se la perdita collettiva imposta alla società assume contorni cospicui. La riferibilità del danno ad una pluralità allargata di soggetti rischia, inoltre, di indurre ogni vittima ad aspettare che altri prenda l'iniziativa, attivando un problema di 'azione collettiva' che induce l'impresa o il consumatore di turno a rifiutare i panni del "*first mover*".

Attenzione, però, a non sopravvalutare gli argomenti testé cennati, specie quelli che fanno leva sui vantaggi strutturali di cui godrebbe il *public enforcement*. È agevole replicare che in realtà più vicino alla condotta anticompetitiva è proprio il privato: investito in

prima persona dai suoi effetti pregiudizievoli ed ovviamente dotato di una migliore capacità di ricostruzione degli elementi della fattispecie, nonché di variegata opportunità di acquisizione delle informazioni connesse. Non a caso, la letteratura economica, da Shavell (1984) a Brodley (1996), suole ripetere che, in linea teorica, i privati dispongono di informazioni più dettagliate sugli illeciti antitrust. Ovvio, allora, che le azioni di danno possano contribuire in maniera significativa all'ampiezza e accuratezza dell'intervento antimonopolistico. Ne fornisce un riscontro plateale il caso statunitense relativo al cartello delle vitamine in "bulk". Nell'ambito del procedimento penale, il DOJ aveva denunciato intese relative a nove tipi di vitamine per periodi di tempo variamente compresi tra uno e due lustri. Ma, dopo tre anni di intensa *pre-trial discovery*, un attore privato è stato in grado di portare alla luce l'esistenza di accordi cartellistici per ulteriori sette tipi di vitamine; ed altri ancora hanno contribuito a mettere in chiaro che, per le nove vitamine originariamente investigate dal DOJ, la durata della collusione era stata, all'atto pratico, considerevolmente più lunga di quanto assunto dall'Antitrust Department. Per chi non s'accontenti, l'*interim report* prodotto da Robert Lande e Joshua Davis per l'American Antitrust Institute nel novembre 2006 si raccomanda come miniera di esempi di iniziative giudiziarie private che hanno impresso maggior precisione e rigore alla repressione antimonopolistica⁷.

A conti fatti, comunque, il più forte argomento in pro del *private enforcement* rinviene dall'insufficienza di quello pubblicistico. Si pensi all'*easy case* degli *hard-core cartels*, le concertazioni considerate irredimibili, perché non c'è modo di sottrarle al vaticinio di Adam Smith, secondo il quale è difficile che,

⁷ R. H. LANDE, J. P. DAVIS, *An evaluation of private antitrust enforcement: 29 case studies*, interim report, November 8, 2006, disponibile al sito <http://www.antitrustinstitute.org/recent2/550b.pdf>.

quando si ritrovano per un brindisi comune, i commercianti non finiscano per parlare di prezzi e di come li si potrebbe ‘aggiustare’ in maniera da rendere la vita per tutti meno sgradevole. Insomma, i cartelli vanno scoperti e repressi.

Ma qual è il tasso di monitoraggio e disvelamento di un cartello, nato per operare in clandestinità? Domanda da cento pistole, si dirà. Eppure esiste, a questo riguardo, una serie nutrita di rilevazioni, condotte sulla base dei dati raccolti con riguardo alla prassi antitrust (per gli Stati Uniti, abbastanza ragguardevole). In un sabba di cifre neppure troppo ondivaghe, i più inclinano a ritenere che il livello di *detection* dei cartelli si attesti, in via di cruda approssimazione, intorno al 15%⁸. Qualcuno precisa: 16%. Come

⁸ Le stime sul saggio di scoperta dei cartelli sono, a tutto concedere, *tentative*. La tabella riportata di seguito, che devo alla cortesia di Andrea Renda, consente un quadro riassuntivo delle valutazioni espresse da chi si è cimentato in tale esercizio.

| Source | Probability | Comment |
|----------------------------|----------------|--|
| Landes (1983) | 0.33 | Merely an illustration |
| USSD (1986:15) | 0.10 | Contains a transcript of 1987 testimony of DAAG for Antitrust Ginsberg; probably refers to domestic cartels 1970-1980s |
| Cohen and Scheffamn (1989) | 0.33 | No source; probably influenced by Landes 1983 |
| Beckstein and Gabel (1982) | Less than 0.50 | A large anonymous survey of antitrust lawyers in ABA, mean response 3.6 |
| Feinberg (1985:379) | Less than 0.50 | An anonymous confidential survey of antitrust lawyers working in Brussels and observing EC, the mean response was 4.4 |
| Werden-Simon (1987) | Less than 0.10 | Quoting the 1987 testimony of DAAG for Antitrust Ginsberg |
| Bryant-Eckard (1991) | 0.13-0.17 | Quantitative estimate derived from an event study of US prosecuted cartels 1961-1988 |
| OECD (2002: 19) | 0.13-0.17 | Accepts Bryant and Eckard |

dire che si scopre un cartello su sette; e non par dubbio che una piena valorizzazione della migliore informazione detenuta dai privati potrebbe contribuire a correggere uno *score* così disperante.

Non basta. Perché, procedendo sempre con valutazioni di larga massima, si apprende che la redditività media del cartello domestico è computata (sulla base delle intese effettivamente accertate e punite) intorno al 20%, mentre per quelli internazionali il valore mediano del sovrapprezzo monopolistico è stimato nell'ordine del 36%, con punte che possono ampiamente superare il 50%.

Sulla base di questi stime, si può tentare di tracciare, a colpi d'accetta, un bilancio del profilo repressivo derivante dal *public enforcement*. Guardiamo in particolare alla situazione europea, sensibilmente diversa da quella d'oltreoceano, dove la violazione cartellistica comporta condanna penale (mentre nel Vecchio Continente, con le uniche eccezioni di Regno Unito e Irlanda, la deterrenza passa normalmente per ammende amministrative). L'ultima comunicazione della Commissione sulla determinazione

| | | |
|---------------------|----------------|--|
| Golub et al. (2005) | 0.13-0.17 | Replicated Bryant and Eckard (1991) using US cartels from later periods and finds few differences in deterrence |
| Wils (2005:30) | Less than 0.33 | Cites with approval Bryant and Eckard (1991) but the author believes that the US probability has increased since 1961-1988 and is lower in EU than in US, 0.33 is a conservative upper limit for the EU. |
| Wils (2006: 24) | 16% | Cites with approval Bryant and Eckard (1991), and assumes 16% is still a conservative estimate for the EU, due to weaker investigative powers of EU authorities. |
| Schinkel (2006:25) | 0.15 | Cites only Bryant and Eckard (1991) but considers it controversial and dated |
| Bush et al. (2004) | 0.10-0.33 | Summary of most of the sources in this table |
| Stucke (2006:47) | unknown | Although without certainty, the author favourably cites USSG (1986), OECD (2002) and Bryant and Eckard (1991) |

della loro entità, datata 2006, ha portato ad un aumento ‘selvaggio’ del livello sanzionatorio rispetto a quello precedentemente praticato: si arriva ad applicare una forcilla fino al 30% del fatturato inciso dalla pratica restrittiva, da moltiplicare per ogni anno di attuazione effettiva. Si aggiunge poi quello che viene chiamato, con vezzo curioso, *entry ticket* (o *entry fee*), che può arrivare fino al 25% e va assommato all’importo di base. Da mettere nel giro, ancora, le aggravanti, tra le quali spicca la recidiva, particolarmente minacciosa anche perché i termini dell’iterazione rimangono alquanto incerti. Il tetto del 10% del fatturato complessivo, mai seriamente attinto in passato, appare ora davvero a portata di mano.

Eppure, nonostante la ruvidità di queste cifre, il livello di capacità deterrente della disciplina antitrust europea è comunemente considerato ben lontano dallo standard ottimale. Il perché è presto detto, se solo ci si accontenta di stime rozze quanto coraggiose. Infatti, a detta dello studio più recente in materia⁹, le sanzioni imposte dalle autorità pubbliche, nel periodo compreso tra il 1990 ed il 2005, corrisponderebbe ad una somma inferiore al 10% del sovrapprezzo imposto dai partecipanti al cartello, a fronte del 15-18% attinto dalle ammende d’oltre Atlantico. Un confronto più minuzioso, condotto però a ridosso di soli cinque cartelli ecumenicamente condannati negli U.S., in Canada e in Europa, mostra che le sanzioni statunitensi veleggiavano in un *range* compreso tra il 27 ed il 67%, del sovrapprezzo, quelle canadesi tra il 28 ed il 92%, quelle europee tra il 23 ed il 79% (mentre, per inciso, l’impatto dei *settlements* nordamericani per le azioni di danni è compreso tra l’83 ed il – udite, udite! – 313%, a riprova del fatto che a questi ultimi spetta la parte del leone, nella repressione dei cartelli).

⁹ J. M. CONNOR, C. G. HELMERS, *On modern international cartels* (2006), disponibile all’indirizzo www.ssrn.com.

A questo punto, basta incrociare i dati e il gioco è fatto. La collusione non è scoraggiata frontalmente dal *public enforcement*, perché la penalizzazione rimane ampiamente inferiore all'entità dei guadagni illeciti. Ma, soprattutto, manca la deterrenza prospettica, posto che l'*expected fine*, risultante dalla moltiplicazione dell'importo effettivo per la (contenuta) probabilità di disvelamento dell'illecito, risulta decisamente contenuta, delineando un rischio che vale cinicamente la pena di correre¹⁰.

Una mano di conti aiuta a rendere più esplicito il discorso. Fra il 2002 ed il 2007, le sanzioni irrogate dalla Commissione Europea sono state pari a € 6,24 miliardi¹¹ (prima delle applicazioni delle riduzioni di pena). Assumendo, con deliberato ottimismo, un tasso di scoperta del 30% e valendosi della stima maggiormente conservativa (70%) in ordine al rapporto tra le sanzioni imposte ed i sovrapprezzi effettivamente praticati, si rileva come l'impatto totale dell'*overcharge* da cartello – ossia, i profitti di tutti i cartelli (scoperti o rimasti segreti) – sfiori i 30 miliardi di euro, ammontare cui dovrebbe uniformarsi la penalizzazione pecuniaria per garantire la deterrenza ottimale. Il divario si commenta da sé.

Continuando a lavorare d'accetta, scopriremmo, peraltro, che l'*optimal deterrence* è alquanto lontana dalla *corrective justice*. In altre parole, il pregiudizio causato dalla violazione antitrust è presumibilmente più elevato dei guadagni assicurati dall'intesa restrittiva. In proposito, la teoria economica ci rimanda al mitico triangolo della *deadweight loss*, della perdita di benessere sociale¹².

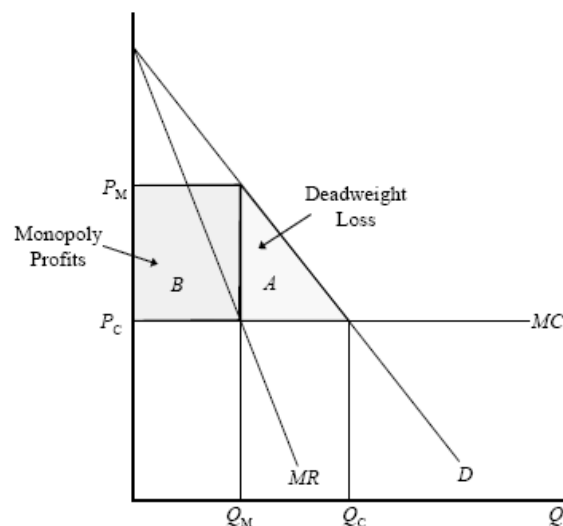
¹⁰ Sempre J. M. CONNOR, C. G. HELMERS, *op. cit.*, rilevato il *trend* di aumento delle sanzioni inflitte nei tre lustri considerati, sottolineano il persistere, nello stesso torno di tempo, di un'accentuata inclinazione alla recidività (più di centosettanta casi). Nemmeno a dirlo, "extensive recidivism implies that present cartel sanctions are inadequate to deter cartel formation".

¹¹ European Commission, *Cartel Statistics 2002-2007*, updated April 18, 2007.

¹² Teoria (statica) vuole che i mercati trascorsi da condotte volte a restringere la quantità prodotta ed aumentare i profitti per l'impresa o le imprese agenti risultano

Gli economisti opinano che, per il periodo considerato, il “peso” di questo triangolo ammonti – sulla base degli assunti manualistici di linearità della domanda, costi unitari costanti ed elasticità unitaria –, a 15 miliardi di euro. Quanto dire che l’*antitrust injury*, il pregiudizio complessivo inflitto alla società, si aggira intorno ai 45 miliardi di euro¹³: a tanto sarebbero dovute ammontare le *penalties* miranti ad azzerare la partita, sul duplice versante della perdita sociale netta da inefficienza allocativa e dei trasferimenti tra venditori ed acquirenti. Se, a questo punto, per chiudere in bellezza sul punto, mettessimo nel

inferiori, in chiave di benessere sociale, a mercati dove la concorrenza ha modo di dispiegarsi senza ostacoli.



Il ragionamento è noto, così come la sua rappresentazione grafica. La figura su riportata, autentico *locus classicus* della materia, mostra chiaramente come il monopolista possa decidere di fissare il prezzo in P_M , in corrispondenza del punto in cui la propria curva dei ricavi marginali (MR) incontra quella dei costi marginali, anziché in P_C , cui corrisponde l'equilibrio perfettamente concorrenziale. Tale comportamento determina una restrizione della quantità prodotta nel mercato (il triangolo A rappresenta la perdita secca sociale, il rettangolo B il trasferimento di ricchezza dai consumatori agli azionisti dell'impresa in monopolio).

conto anche i cartelli domestici, si approderebbe ad un impatto pari allo 0,5% del prodotto interno lordo dell'Europa dei ventisette nel 2005!

Alle corte. Secondo stime forse discutibili ma comunque indicative, per assicurare (con l'attuale livello di sanzioni), una deterrenza/compensazione ottimale, occorrerebbe ricorrere ad un fattore moltiplicativo nell'ordine di (almeno) sei o sette: qualcosa che appare, a tutto concedere, fuori della portata del correttivo proposto dalla Comunicazione sugli *Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23.2, lett. a), Reg. 1/2003*, là dove (§ 31) agita la minaccia di tener conto della "necessità di aumentare la sanzione per superare l'importo degli utili illeciti realizzati tramite l'infrazione, qualora la stima di tale importo sia possibile".

III. Limiti del public enforcement e virtù del "doppio binario"

Se tutto questo non bastasse – ma davvero si stenta a capire perché mai dovrebbe essere così –, la lista degli argomenti in pro di un doppio binario di tutela potrebbe essere ulteriormente integrata. Mi limiterò ad elencarli in ordine sparso, senza alcun tentativo di elaborazione organica.

V'è, innanzi tutto, il problema della cronica scarsità delle risorse disponibili. I *budget constraints* che affliggono in ogni dove le amministrazioni pubbliche, ivi comprese le autorità indipendenti preposte all'*enforcement* della disciplina antimonopolistica, rendono ragione della loro involontaria "timidezza". È persino ovvio che i soggetti privati, mossi dal fine di tutelare i propri interessi attraverso il conseguimento di un "premio" *sub specie* di risarcimento del danno, potrebbero ovviare al basso livello di deterrenza pubblica. Negli U.S., dove operano meccanismi deputati a propiziare quel risultato, il contributo privato alla scoperta dei cartelli è più che

tangibile. Il già ricordato studio di Lande e Davies riscontra, sulla base dell'analisi di ventinove casi di violazioni antitrust, come più del 70% dei danni recuperati provenga da azioni indipendenti.

D'altro canto, l'attuale sistema, imperniato sul primato indiscusso dell'iniziativa pubblica, è esposto al pericolo di gravi distorsioni. La questione si pone in forma acuta allorquando un unico ente svolge sia la funzione investigativa che quella sanzionatoria delle condotte anti-concorrenziali. Con riguardo a tale contesto una voce insospettabile, prendendo liberamente a prestito suggestioni da *public choice*, evoca la possibilità che i funzionari, incaricati della fase investigativa, anelino a giustificare (nei confronti dei propri superiori) le scelte e gli sforzi compiuti, cercando conferme piuttosto che eventuali lacune nelle loro analisi¹⁴. Con la complicità di un sindacato debole sui provvedimenti resi da questi enti, secondo lo stile corrente in ambito europeo, il rischio di errori di tipo I e II (falsi positivi e falsi negativi) potrebbe rivelarsi eccessivamente elevato.

Neppure è dato credere, ancora con Wouter Wils, che, ferma restando l'opportunità di perseguire obiettivi di giustizia correttiva, una più efficiente composizione degli interessi in gioco potrebbe essere raggiunta col semplice espediente di far sì che le sanzioni siano pari alla perdita netta causata alla società dal comportamento illecito (ecco rispuntare, una volta di più, il triangolo della *deadweight loss*), moltiplicata per l'inverso della probabilità che una sanzione sia effettivamente imposta, con l'aggiunta dei sovrapprezzi pagati dagli individui in ragione dell'esistenza delle intese anti-concorrenziali (rettangolo B)¹⁵. A tacer d'altro, un ulteriore inasprimento delle sanzioni nei confronti dei soggetti (pochi) colpiti

¹⁴ Questa è la tesi di W. P. J. WILS, *The combination of investigative and prosecutorial function and the adjudicative function in EC antitrust enforcement: a legal economic analysis*, in *World Competition*, 2004, 205.

¹⁵ Si veda W. P. J. WILS, *Optimal antitrust fines: theory and practice*, disponibile su www.ssrn.com.

dal provvedimento di condanna scaverebbe un solco troppo profondo, iniquo ai limiti dell'intollerabilità, rispetto agli autori delle violazioni rimaste sotto traccia.

L'esplorazione del *cahier de doléances* e delle sue implicazioni richiederebbe molto altro spazio. E tempo, che ovviamente non c'è. Ma anche da una ricognizione così rapsodica è dato ricavare una morale spicciola. Se il *public enforcement* è incapace di fronteggiare come si conviene l'attività cartellistica, allora ben vengano le azioni private. L'antitrust va privatizzato, attribuendo alle corti un compito che comunque compete loro e che aspetta soltanto di essere adeguatamente valorizzato.

Vedremo, tra un momento, che questo è il 'lato buono' della forza. Appena un passo più in là aleggiano interrogativi inquietanti.

IV. L'azione di danno antitrust: un primer della Cassazione. Il (falso) problema dell'ingiustizia del danno

Nemmeno a dirlo, la riscoperta del *private enforcement* implica un drammatico mutamento di campo, di modo di pensare l'antitrust. Nel dar corpo all'idea, cui si cennava in apertura, che quello del giudice non sia il ruolo di un gregario, chiamato soltanto a supportare un *enforcement* che vive altrove e di cui occorre semplicemente cogliere i riflessi, si tocca con mano la necessità di rivisitare, con coscienza critica, più di un passaggio nevralgico nell'elaborazione della responsabilità civile relativa al versante antitrust.

Il compito sembrerebbe essere agevolato dal contributo apportato da un fresco *exploit* della Cassazione (est. Spirito)¹⁶, che non solo ribadisce con convinzione l'esperibilità dell'azione di danno ad opera del consumatore pregiudicato da una pratica cartellistica,

¹⁶ Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Foro it.*, 2007, I, 1097, con nota di R. PARDOLESI, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità?)*.

ma s'imbarca nell'ambizioso tentativo di definire i dettagli applicativi rimasti sin qui inesplorati.

Quanto al primo profilo, che mira a 'sistematizzare' l'esistente, la pronuncia ricostruisce lucidamente la convulsa vicenda interpretativa snodatasi tra la sentenza Fittipaldi, sul finire del 2002¹⁷, e l'intervento delle Sezioni unite (est. Berruti), all'inizio del 2005¹⁸. L'idea di un diritto antitrust ad uso esclusivo degli imprenditori, con tanto di diniego della legittimazione del consumatore all'azione di danni ex art. 33, comma 2, l. 287/90 (salva la possibilità, di problematica decifrazione, di seguire la traiettoria generale ex art. 2043 c.c.), viene smentita senza incertezze; e, con essa, anche il corollario strumentale che vedeva, nel contratto intercorso tra consumatore e membro del cartello, una monade isolata, indifferente alla nullità della previa intesa restrittiva della concorrenza. I *Folgeverträge*, spiega ora la corte nel solco della sentenza del 2005, sono inscindibilmente collegati al cartello da cui promanano, rappresentano il momento realizzativo, in danno del consumatore, della volontà anticompetitiva "residente a monte": insomma, coronano strumentalmente il disegno cartellistico e ne condividono, a colpi di collegamento funzionale, le sorti. Orbene, secondo quanto sembra di capire, quei contratti attuativi, di cui viene appunto adombrata la nullità riflessa, rilevano non in quanto fenomeni negoziali ma come elementi di una fattispecie d'illecito.

Riannodato così il filo di Arianna che porta al risarcimento del danno, la sentenza-manifesto del Supremo collegio si fa carico

¹⁷ Cass., sez. I, 9 dicembre 2002, n. 17475, *Foro it.*, 2003, I, 1121. Per un'analisi più approfondita del problema, v. R. PARDOLESI, *Cartello e contratto dei consumatori: da Leibniz a sansone?*, nota a Cass., sez. III, ord. 17 ottobre 2003, n. 15538, *Foro it.*, 2004, I, 469.

¹⁸ Cfr. Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, I, 1014, con note di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*.

del tema dell'ingiustizia del danno, disperdendo i dubbi che potrebbero discendere dall'incerta sorte dell'*economic loss* e dal tradizionale disfavore per la *Differenztheorie*. Forte della 'spallata' a suo tempo assestata da Cass. 500/99, l'estensore non ha difficoltà ad individuare una messe di dati normativi idonei ad attribuire rilevanza ordinamentale all'interesse "ultraindividuale alla libertà contrattuale, concretantesi nel diritto a godere dei benefici della competizione commerciale". Sull'aporia di una situazione giuridica subiettiva che assume contorni ultraindividuali non sarà il caso di soffermarsi più di tanto. Meglio sottolineare che l'occasione invitava alla franchezza, schivata da tanti, ma nel nostro caso più necessaria che altrove: il danno ingiusto, come dimensione del *contra ius* da ricercare nel *vulnus* inflitto a diritti soggettivi innominati, da coniare *ad hoc*, non esiste più. Con fare quasi maramaldo, ci si disfa di un problema solo immaginario.

Di là dal (falso) problema dell'ingiustizia del danno, c'è da chiedersi, piuttosto, se la riconduzione dell'azione di danno antitrust all'alveo generale dell'art. 2043 c.c., con la sola deviazione dettata (con riguardo alla competenza) dall'art. 33, comma 2, l. 287/90, non prospetti una soluzione peggiore di quella che si andava definendo nella prassi. Si è osservato, infatti, che, in assenza di validi strumenti processuali di aggregazione degli *small claims*, il nuovo corso della Cassazione, pur impeccabile sul piano concettuale, "nei fatti soffoca (rispetto alla regola giurisprudenziale precedente) qualunque pretesa di tutela che il consumatore o l'impresa che lamenti un piccolo danno patrimoniale possa legittimamente vantare"¹⁹. L'accentuato squilibrio delle risorse finanziarie tra le parti in causa è scontato quando si tratti di consumatori o microimprese (che, per di più,

¹⁹ Così M. CARPAGNANO, *Una pietra sopra. Commento alla sentenza della Corte di Cassazione n. 2305/07 in tema di private enforcement*, in *Danno e resp.*, 2007, 769, 773.

lamentano danni di modesta entità). E che tale squilibrio sia idoneo di per sé a disincentivare i potenziali attori dal portare in giudizio un fondato caso antitrust – magari per tema di dover pagare, in caso di soccombenza, le spese processuali di controparte – è inconveniente innegabile. Solo che la sua causa precipua sta nella premessa, ossia nell'indisponibilità, allo stato, di procedure collettive atte a rimettere in gioco quelli che un tempo eravamo soliti chiamare interessi diffusi. È questo il piano su cui, non soltanto per la materia che ci occupa, andrebbero ricercati i correttivi più acconci.

V. Nesso di causalità e prova del danno: presunzioni e dintorni

Naturalmente, chi invochi il risarcimento del danno ha l'onere di dimostrare la ricorrenza del nesso causale fra comportamento illecito e pregiudizio lamentato. La Cassazione valorizza, al riguardo, l'inscindibilità, teorizzata in precedenza, fra intesa-madre, causa "remota", e singolo contratto attuativo, che porta a compimento il disegno anticoncorrenziale. Quanto basta perché il giudice possa "desumere il legame eziologico tra comportamento anticoncorrenziale e danno lamentato attraverso presunzioni probabilistiche che si fondino sul rapporto probabilistico tra antecedente e dato consequenziale". Parte di qui una riflessione sintetica sulla causalità (materiale, in quanto rapporto naturalistico di derivazione del danno ingiusto dalla condotta e, soprattutto) giuridica, intesa, secondo la deriva di un orientamento minoritario²⁰, come quella per cui "i fatti sopravvenuti, idonei di per sé soli a

²⁰ La causalità giuridica viene così ricondotta al procedimento (tutto giuridico) mediante il quale si espungono dal rapporto causale tutti gli antecedenti che appaiono inadeguati rispetto alla produzione di un dato evento, assegnando rilevanza eziologica alle sole condotte che si pongono in una relazione di regolarità causale (o di prevedibilità) rispetto alla causazione del fatto illecito. Ciò val quanto scindere il processo della causalità materiale in due *sub* procedimenti, lasciando fuori dal giro l'accertamento dei danni risarcibili. In questi termini si esprime, da ultimo, Cass. 19 maggio 2005, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Omicidio e lesioni personali colpose*, n. 6.

determinare l'evento, interrompono il nesso con tutti gli antecedenti causali". Soccorrono, all'uopo, criteri di probabilità scientifica o, se tutto manca, di logica aristotelica (qualunque essa sia, posto che i suoi precetti restano ignoti a tutti, meno, s'intende, che alla Cassazione): siamo, insomma, in piena *bagarre* da sentenza *Franzese* e dintorni, con la logica probabilistica destinata a prevalere sul riscontro statistico perché capace di apprezzare le circostanze differenziali del caso di specie.

Discorso complicato, forse oltre il segno della necessità. Occorre convenire, comunque, che il problema è spinoso, anche se non tutto sotteso alla snodo concettuale cui vorrebbe ricondurlo la corte. Il passaggio pregiudiziale è costituito, infatti, dall'individuazione del danno, inevitabilmente legato ad un giudizio prognostico, da effettuare sulla base di uno fra i numerosi modelli economici a disposizione dell'interprete. Nel caso cui si riferisce la pronuncia, si può assumere, con un po' di buona volontà, che il parametro adottato sia la c.d. *yardstick theory*, che raffronta il livello di prezzo all'interno del mercato nel quale è stata posta in essere la concertazione con quello registrato in altri mercati, esenti da collusione.

Ma, dando per concesso tutto quanto precede, quel sovrapprezzo è davvero dovuto all'intesa o discende da altri fattori, che hanno variamente inciso sulla scena economica²¹? Le incertezze

²¹ Non sorprende, dunque, che la riconducibilità all'intesa della maggiorazione tariffaria, con conseguente imputabilità all'assicuratore del pregiudizio risentito dalla controparte, sia stata oggetto di pronunciamenti diversi di uno stesso organo giurisdizionale (nella specie, la Corte d'appello di Napoli). Da una parte si è sostenuto che l'aumento del costo della polizza rca può considerarsi derivante, in termini di normalità e verosimiglianza, all'intesa illecita, sì che la compagnia coinvolta è tenuta a risarcire il danno in tal modo cagionato al proprio cliente (cfr. App. Napoli 3 maggio 2005, *id.*, 2005, I, 1880, con osservazioni di A. PALMIERI; il danno è stato liquidato equitativamente, in misura pari al venti per cento dell'importo totale del premio versato); dall'altro, si è rigettata, per difetto del

sollevate da quest'interrogativo minacciano un'*impasse*, che la sentenza si sforza di scongiurare: *a)* dapprima invocando il ragionamento probabilistico, in forza del quale il giudice potrà individuare l'intesa illecita come "condotta preparatoria rispetto alla condotta finale, costituita dall'aumento di polizza" e configurare il danno come "maggiore esborso"²²; *b)* e, poi, ripiegando sul piano della ripartizione dell'onere probatorio.

Per quanto riguarda il profilo *sub a)*, c'è da credere che l'apparato concettuale invocato sia persino eccedentario rispetto al bisogno. A tacer d'altro, i molti contorcimenti che mozzano il respiro quando si abbia a ragionare in chiave di giudizio controfattuale a ridosso di condotte illecite omissive sono, nella circostanza, un fuor d'opera. La concertazione cartellistica, cui si rapportano inscindibilmente le condotte finali, mira a incrementare i prezzi; questi ultimi risultano in fatto maggiorati. L'uno e l'altro sono fatti storici, accertati. Con tali presupposti (che sono, poi, quelli tipici di un illecito commissivo), la dimostrazione del nesso di causalità, in termini di *conditio sine qua non* – ma anche di causalità adeguata –,

nesso causale, la domanda risarcitoria proposta dal cliente, sul rilievo che la partecipazione all'intesa – sanzionata invero sulla base dell'avvenuto scambio di informazioni commerciali sensibili, senza alcun accertamento in ordine ai suoi effetti – non costituisce di per sé causa immediata e diretta dell'incremento del premio (cfr. App. Napoli 9 febbraio 2006, *id.*, 2006, I, 1184, e *Danno e resp.*, 2006, 1133, con nota di S. BASTIANON, *Tutela antitrust del consumatore finale*; in questa circostanza il collegio ha evidenziato che la crescita dei premi era stata accompagnata da un aumento dei costi particolarmente sostenuto e che comunque non appariva esclusa la possibilità di stipulare una polizza con imprese diverse da quelle coinvolte nell'intesa). Da notare come Cass. 2305/07 abbia cassato la prima delle decisioni partenopee testé menzionate (App. Napoli 3 maggio 2005, *cit.*).

²² Risultato cui, chiosa la Cassazione, si approderebbe anche ricostruendo, una volta di più sulla base di ragionamenti probabilistici o di presunzioni, la vicenda pregiudizievole in termini di perdita della *chance* di ottenere migliori condizioni di polizza. Ma la congruità di questo passaggio appare assai dubbia: cfr. G. AFFERNI, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust italiano: nesso di causalità e prova del danno*, in *Danno e resp.*, 2007, 764, 768 s.

fila liscia, non foss'altro perché qui di controfattuale non c'è neppure l'ombra (se non per quanto attiene alla tecnica di computazione putativa del *quantum*, in alternativa agli altri metodi disponibili e, quando tutto manchi, al salvifico ricorso alla valutazione *ex aequo et bono*). Spetterà al convenuto – e si approda così al profilo *sub b*) – dimostrare, se del caso, l'interruzione del nesso causale ad opera di altri eventi, autonomamente idonei o alternativamente concorrenti a determinare il rincaro.

Nella sostanza, sembrerebbe lecito concludere che, in presenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, il nesso causale si dà per (pressoché) presunto, salva prova contraria, la cui praticabilità consente di respingere come “aberrante” l'idea di un danno *in re ipsa*, senza gravare oltre misura la posizione dell'attore. Sennonché, il discorso si rivela, nei fatti, più complicato. È ben vero, infatti, che, ad avviso della Cassazione, l'acquirente diretto deve solo allegare il provvedimento di condanna dell'Agcm, oltre all'esistenza del rapporto entro il quale ha operato, illecitamente, il potere di mercato di controparte: nel che è dato cogliere un autentico viatico per le *follow-on actions*. Ma, si è obiettato, se pure dalla vittima dell'*infringement* non si pretende la prova esatta della misura del danno, una qualche specificazione del criterio per la sua valutazione, anche approssimativa, deve pur essere fornita²³: pena, altrimenti, la riproposizione strisciante di quel danno *in re ipsa* che la corte respinge sdegnosamente, perché in contrasto con le coordinate del sistema. La precisazione mira dichiaratamente ad arginare azioni “frivole”; ma ha il torto di affidarsi ad un crivello decisamente sfuggente e, con ogni probabilità, idoneo a creare più problemi di quanti contribuisca a risolverne. Uno per tutti: basta l'indicazione del differenziale del 20%, estrapolato a furor di popolo da un *benchmarking* di larga massima contenuto nella decisione

²³ Cfr. G. AFFERNI, *op. cit.*, 767.

dell'Agcm, ad imprimere contorni sufficientemente precisi al danno patito?

VI. L'altra faccia della causalità: passing-on e remoteness

Piuttosto, mette conto sottolineare che il quadro, tutto sommato promettente, tracciato dalla Cassazione racconta soltanto una parte della storia. Vale, cioè, per le ipotesi di danno diretto, e non per i casi in cui il comportamento anticoncorrenziale abbia palesato idoneità astratta a propagarsi "secondo lo schema della reazione a catena"²⁴. Si faccia il caso dell'imposizione di un sovrapprezzo incidente sui costi di un intermediario, che opera per rivendere a valle. Quanta parte di quell'*overcharge* verrà traslata sui successivi acquirenti? Può l'autore dell'illecito difendersi nei confronti dell'acquirente diretto col dire (e provare) che quest'ultimo non ha, mettiamo, subito pregiudizio alcuno, perché l'aumento è stato totalmente ribaltato sui successivi compratori (uso difensivo del *passing-on*)? E possono gli acquirenti che si collocano al secondo livello, o magari più in giù nella filiera produttiva/distributiva, agire direttamente nei confronti del monopolista, allegando (e provando) di esser stati loro, in ultima analisi, a saldare il conto (uso offensivo del *passing-on*)?

Questi interrogativi sono al centro di un dibattito serrato, da quando, prima in *Hanover Shoe Inc. v. United Shoe Machinery Corp.* (1968)²⁵, e poi in *Illinois Brick Co. v. Illinois* (1977)²⁶, la Corte Suprema U.S. ebbe a stabilire, rispettivamente, che al convenuto in un'azione antitrust era precluso l'uso difensivo del *passing-on* e che, per una sorta di contrappasso logico, gli acquirenti indiretti non avevano titolo per chiedere danni dai contorni disperatamente

²⁴ In questi termini si esprimeva, alludendo alla problematica del *passing-on* (su cui *infra*), Cass. 15538/03, cit.

²⁵ 392 U.S. 481 (1968).

²⁶ 431 U.S. 720 (1977).

speculativi. Da allora, almeno trentasei Stati hanno polemicamente emanato leggi locali intese ad elidere, in tutto o in parte, il blocco di *Illinois Brick*; e fra le raccomandazioni espresse, nell'aprile scorso, dall'Antitrust Modernization Commission figura l'esplicita richiesta di un intervento legislativo federale atto a rimuovere la regola. Senza entrare nei meandri di un dibattito che ci porterebbe troppo lontano, varrà le pena di ricordare che gli agguerriti difensori degli 'Illinois walls' non negano affatto che l'acquirente indiretto possa sopportare conseguenze pregiudizievoli per effetto della traslazione del sovrapprezzo. La causa dell'esclusione dal risarcimento è un'altra: si vuole, in sostanza, che tutto si concentri nelle mani del *direct purchaser*, del soggetto più 'vicino', che ha subito il danno frontale (e a prescindere dal fatto che l'abbia scaricato a valle), nel presupposto che egli abbia un interesse di maggior spessore rispetto ai compagni di sventura (da lui eventualmente vittimizzati...) e, quindi, più consistenti incentivi ad attivarsi in giudizio, oltre che minori difficoltà probatorie²⁷. L'idea sottesa, per farla corta, è che la deterrenza conta più della compensazione.

Ma l'esperienza europea segue una traiettoria decisamente diversa. Proprio qui, anzi, si avverte più nitida la portata dei principi fissati nella sentenza *Manfredi*. Ci viene chiesto di pensare in termini di *compensation*, di *restitutio in integrum*, di ripristino della situazione e quindi di riposizionamento del soggetto inciso nella stessa curva di indifferenza su cui si sarebbe trovato se la pratica illecita non fosse esistita; e non si tarda a scoprire che l'ottica

²⁷ Presupposto discutibile in vista dei vincoli dissuasivi che potrebbero discendere proprio dalla *vicinitas* e dalla sussistenza di "long-lasting relationships": il lavoro di W. H. PAGE, *Class certification in the Microsoft indirect purchaser litigation*, 1 *J. Competition L. & Econ* 303 (2005), ha documentato che, nel cospicuo novero di azioni intentate da privati, fra il 1999 ed il 2004, a seguito della condanna ottenuta dal DOJ in primo grado a carico di Microsoft [*U.S. v. Microsoft*, 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C)], non figura alcuna iniziativa di acquirenti diretti.

compensativa contrasta con la possibilità dell'ingiustificato arricchimento da parte di un soggetto che ottiene ristoro per un pregiudizio non subito, anche ove ciò sia funzionale alla logica della deterrenza. In altre parole, gli acquirenti indiretti, stando alla deriva di *Manfredi* e al torno complessivo del sistema della responsabilità civile 'continentale', hanno titolo, non diversamente dagli altri soggetti incisi dalla pratica anticompetitiva, alla *restitutio in integrum*; e la riconosciuta difficoltà nell'individuare lo 'spessore' degli effetti di *pass-on* non giustifica l'abdicazione da qualsivoglia funzione compensatoria. Né vale replicare che, man mano che si scende lungo la catena, l'entità del danno diminuisce e con esso gli incentivi, perché ciò non preclude la possibilità di ricostruire il circuito virtuoso in termini di *class action* o, comunque, di azioni rappresentative che portino alla riaggregazione degli interessi lesi, rilanciando, anche a questo livello, la praticabilità concreta del *private enforcement*.

Anche per i casi di *passing-on*, in definitiva, sembra preferibile orientare la rilevazione del nesso causale sul riscontro probabilistico, a forte caratura teorica, di fattori oggettivi quali l'elasticità della curva di offerta dell'intermediario rispetto alla propria curva di domanda, la relazione temporale (nel lungo periodo è dato immaginare che gran parte del sovrapprezzo venga scaricato a valle), la politica di prezzi adottata, il tipo di costo (variabile, fisso) alterato dalla condotta illecita. Ed è appena il caso di aggiungere che analogo ragionamento andrebbe proposto per altre categorie di soggetti potenzialmente in grado di dimostrare di aver sofferto un danno a causa della condotta anticompetitiva. L'inventario, che si presta ad essere ordinato secondo una sorta di *sliding scale* di 'lontananza' dall'illecito (ma resta aperto ad ulteriori addizioni), annovera:

- fornitori di beni e servizi ai partecipanti all'intesa o all'impresa dominante, i quali potrebbero avere subito un danno derivante dalla restrizione della quantità richiesta in seguito al maggior prezzo imposto;

- fornitori di beni e servizi ad imprese che vendono prodotti comunque legati a quelli oggetto dell'intesa o condotta anticompetitiva, i quali potrebbero soffrire una riduzione delle quantità vendute come risultato del prezzo sopra-competitivo imposto dall'intesa;

- coloro i quali avrebbero comprato i beni oggetto dell'accordo restrittivo, ma che, in ragione del prezzo eccessivo, sono stati spinti a rinunciare all'acquisto o si sono rassegnati ad acquistare beni di minore qualità;

- coloro i quali assumano di essere stati estromessi dal mercato in ragione della condotta anticompetitiva;

- dipendenti che abbiano perso il posto in seguito alle restrizioni della produzione.

Recuperare all'area del danno risarcibile anche questi interessi è compito impervio, cui però non è dato sottrarsi e che postula, com'è stato osservato, un processo di razionalizzazione delle diverse situazioni bilaterali tipiche di ingiustizia²⁸.

VII. L'incerto decorso della prescrizione

Nella recente sentenza, più volte richiamata, la Cassazione tocca anche il tema della decorrenza del termine di prescrizione. Nel farlo, per inciso, la corte esclude che la definitività dell'accertamento amministrativo, con tanto di suggello del Consiglio di Stato, operi a mo' di pregiudiziale all'azione di danno aquiliano: a significativa conferma del fatto che la via aperta dall'art. 33, comma 2, l. 287/90 è

²⁸ Così M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust*, in *Danno e resp.*, 2005, 240.

del tutto indipendente dall'eventuale attivazione dell'Agcm e dai suoi eventuali sviluppi²⁹.

Si specifica poi, a colpi di art. 2935 c.c., che il momento in cui si produce il danno è diverso da quello in cui la vittima ne ha percezione fenomenica. Solo quando il titolare del diritto sia adeguatamente informato dell'esistenza del pregiudizio e della sua attribuibilità all'autore dell'illecito, solo allora, dicevamo, l'inerzia del danneggiato diviene rilevante ai fini della prescrizione. Occorre, in altre parole, l'"esteriorizzazione" del danno, che si traduce in un quadro cognitivo completo quanto basta per consentire alla vittima di esercitare la pretesa risarcitoria; e tocca al giudice di merito accertare quando questo quadro si sia formato.

La 'lungolatenza' del danno antitrust, così stabilita, intende rispondere alle preoccupazioni ventilate dalla Corte di giustizia nel caso *Manfredi*. I giudici del Kirchberg, partendo dal presupposto che in Italia la tutela contro gli effetti negativi derivanti da un'intesa anticompetitiva diventa efficace a partire dal giorno in cui quest'ultima sia stata posta in essere (si che il termine di prescrizione della domanda di risarcimento fondata sull'art. 81 decorre a partire dal quel momento), avevano osservato che un'impostazione siffatta

²⁹ Il punto è quanto mai controverso. In molti ritengono che alle decisioni delle autorità antitrust dovrebbe essere riconosciuta forza vincolante per il giudice ordinario. In quest'ordine di idee, la legislazione tedesca appare al momento il fronte più avanzato: la settima novella del *GWB* ha introdotto una previsione che riconosce la pregiudizialità di una decisione amministrativa definitiva non solo dell'autorità nazionale di concorrenza, ma di ogni altra autorità di uno degli Stati Membri. Ma la traiettoria indicata appare difficilmente conciliabile con la libertà della giurisdizione. Non a caso, il britannico OFT, nel Discussion paper *Private actions in competition law: effective redress for consumers and business* (aprile 2007), si limita ad auspicare che, in vista dei problemi di coerenza ed uniformità che deriveranno dal moltiplicarsi di azioni private di danno davanti ai giudici ordinari, questi ultimi prestino riguardo alle decisioni delle autorità britanniche preposte alla concorrenza, precisando che "have regard to" significa "give serious consideration to" e non che "the court is bound".

minaccia di “rendere praticamente impossibile l’esercizio” dell’azione di danno, “in particolare qualora la norma nazionale preveda anche un termine di prescrizione breve e tale termine non possa essere sospeso”³⁰; nel caso di infrazioni continuate o ripetute, il termine di prescrizione dell’azione potrebbe addirittura estinguersi prima che sia cessata l’infrazione, precludendo il ricorso a chi abbia subito danni dopo tale scadenza³¹. Orbene, è indubbio che l’esteriorizzazione richiesta dalla Cassazione come momento d’inesco del termine prescrizione spazzi via queste perplessità. Ma il prezzo pagato è elevatissimo. In quale momento il soggetto scopra (=debba scoprire), per indagini proprie o per virtù informative mass-mediatiche, di esser stato ‘taglieggiato’ è domanda cui non è più dato rispondere in astratto: difficile che il nostro non sia reso edotto dall’apertura di un procedimento istruttorio ad opera dall’Agcm, ma non si dà certezza neppure su questo punto.

Per una disciplina, come quella della prescrizione, che di certezze suole nutrirsi, l’esito non è dei più facili da metabolizzare. Ma, nella prospettiva del *private enforcement*, la scelta – pur esposta al rischio di alimentare un contenzioso scomodo in ordine alla prova dell’avvento della “oggettiva possibilità, per una persona di normale diligenza, di conoscere adeguatamente tutti gli elementi che la pongano in condizione di smettere la sua inerzia” – ha il pregio di apparire decisamente orientata in senso *pro-plaintiff*.

VIII. Uno sguardo al futuro: “facilitare le azioni di danno antitrust”?

Altri profili avrebbero meritato attenzione. Sul piano positivo, di là da qualche perplessità in merito al ruolo della colpa e alla possibilità di presumerla, spicca quello relativo alle tecniche di

³⁰ Corte giust. 13 luglio 2006, cause riunite C-295-298/04, cit., par. 78.

³¹ *Ibid.*, par. 79.

quantificazione del danno: troppo spesso lasciata in secondo piano – perché non ci si vuole sporcare le mani o forse, più semplicemente, per difetto di validi strumenti analitici e, comunque, di capacità di governarli –, mentre è chiaro che si tratta di questione vitale per la stessa praticabilità del *private enforcement*. Ma non sono meno spinosi i problemi di asimmetria informativa, di accesso alle prove, di correlativi poteri del giudice, di confidenzialità delle informazioni prodotte in giudizio.

Per questa via, che non mi è dato coltivare, il discorso tende inevitabilmente a stingersi in valutazioni di politica del diritto (meglio un giudice specializzato? quali opportunità derivano dall’abbandono, per “lenzuolata Bersani”, del divieto tradizionale nei confronti del patto di quota lite?) e in prospettive *de iure condendo* (quale futuro per i danni punitivi in forma di multiplo del pregiudizio provato, quanto meno per le violazioni più gravi? conviene far cadere la solidarietà fra coautori dell’illecito nei confronti di chi chieda l’applicazione del programma di clemenza?).

Su questi interrogativi, e sullo slogan che li anima – “facilitare le azioni di danno antitrust in ambito comunitario”³² –, fornirà lumi il Libro Bianco della Commissione, atteso per la fine dell’anno. Il dibattito è aperto; e già questo solo fatto rappresenta un progresso nella direzione dei “diritti presi sul serio”. Serpeggia la sensazione che si sia compiuto un passo, giusto il primo, che però non ammette ritorno.

³² Slogan che il *Commission Staff Working Paper*, annesso al Libro Verde [COM (2005) 672 final] traduce in quattro obiettivi fondamentali: “enhanced deterrence”, “corrective justice”, “bringing competition closer to the citizen”, nonché contributo a “growth and employment”.

I RAPPORTI TRA LA DISCIPLINA ANTITRUST ED I DIRITTI DI PROPRIETÀ INTELLETTUALE: PROBLEMATICHE PROCESSUALI E SOSTANZIALI

Massimo Scuffi

SOMMARIO: *Premessa - I. PROFILI PROCESSUALI - 1. I criteri di bilanciamento tra proprietà intellettuale e libera concorrenza - 2. Il riparto delle competenze ed il ruolo delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale - 3. Onere di allegazione e casi paradigmatici - 4. La tutela del consumatore ed il ruolo del Giudice di pace - 5. L'istruttoria: prova documentale e presunzioni - 6. Segue: collaborazione informativa e consulenza tecnica - 7. Gli interventi inibitori e ripristinatori - II. QUESTIONI SOSTANZIALI - 1. Posizione dominante e rifiuto di contrattare - 2. Cause di giustificazione e brevettazione "standard" - 3. Esaurimento del diritto ed importazioni parallele - 4. La teoria del consenso - 5. L'esaurimento mondiale - 6. La tutela della forma ed i prodotti complessi - 7. Le interconnessioni ed i sistemi modulari.*

Premessa

La proprietà industriale è un insieme di titoli che conferiscono all'impresa un *monopolio di sfruttamento* su prodotti o procedimenti, sugli aspetti dei prodotti stessi, sui segni distintivi che li contraddistinguono ed è settore fondamentale della più generale categoria della proprietà intellettuale che include le opere creative dell'ingegno con i diritti ad esse connessi.

Queste *privative* attribuiscono *diritti esclusivi* e sono state interessate da una spiccata evoluzione in senso *internazionale*.

Ne sono prova – non solo – le modifiche legislative di armonizzazione adottate in campo nazionale per l'attuazione di *direttive comunitarie* e *convenzioni internazionali*, ma anche la costituzione di *titoli sovranazionali* a protezione giuridica allargata a tutta l'Unione europea per garantire una più efficace difesa contro i *fenomeni di pirateria, contraffazione e plagio* e, nello stesso tempo,

rimuovere gli ostacoli alla libera circolazione delle merci dovuti alla *frammentazione* dei mercati per l'esistenza di diritti di esclusiva nazionali ivi diversamente regolati.

Peraltro, proprio perché l'esercizio dei diritti di privativa presuppone articolate strategie commerciali per ottimizzare l'utilizzazione ed i sistemi di difesa della propria produzione, non è infrequente che accordi e pratiche del tipo più vario (esclusiva, distribuzione, cessioni, licenze) vengano ad incidere sulle regole della concorrenza che – in ambito comunitario – tollera limitazioni nella misura in cui i menzionati diritti non si esplicano con modalità tali da costituire una "arbitraria discriminazione" od una "restrizione dissimulata al commercio" tra i paesi membri (art. 30 del Trattato).

Invero questi diritti – per loro stessa assolutezza – interferiscono con le norme predisposte a tutela del libero mercato essendovi naturale "contrasto" tra la normativa che concede al titolare di una privativa lo *ius excludendi alios*, quale diritto di rendersi *monopolista* rispetto al proprio trovato od opera creativa, ed i principi informativi delle leggi antitrust che sono sostanzialmente rivolti proprio ad impedire la creazione e lo sfruttamento di privilegi monopolistici.

L'esercizio *normale ed unilaterale* del diritto di privativa nelle sue prerogative tipiche e nella durata riconosciutagli dalla legge non costituisce violazione alla normativa antitrust, nonostante la restrizione della concorrenza che deriva dal suo esercizio, perché comunque utile allo sviluppo ed alla evoluzione del mercato (i brevetti per invenzione tendono a promuovere gli investimenti nella ricerca assicurando al titolare il ritorno dei propri investimenti, il diritto di autore mira a stimolare la creatività umana, il marchio, il modello ed il disegno – con la loro finalità distintiva, individualizzante ed attrattiva – svolgono una efficace funzione regolatrice degli scambi nell'interesse generale).

Per contro, ove tale diritto sia fatto oggetto di *accordi* tra imprese al fine e/o con l'effetto di restringere il libero gioco della concorrenza ovvero risulti *abusato* con pretese anomale o rifiuti ingiustificati *eccedenti* la sua naturale portata od ambito di protezione, esso viene preso in considerazione dalla disciplina antitrust.

Il rapporto tra questa normativa ed i diritti di proprietà intellettuale resta dunque tendenzialmente conflittuale ma “complementare” al tempo stesso perché segnato dall'esigenza di *conciliare* i diritti di esclusiva ed i mezzi approntati per tutelarli con la necessità di garantire un libero approvvigionamento per tutte le imprese lecitamente operanti nell'area comunitaria.

Su codeste linee guida è ispirato lo stesso Codice della proprietà industriale italiano (d.lgs. 10 febbraio 2005 n. 30) il cui impianto unitario è stato modellato sulla struttura dell'Accordo TRIPs¹ il quale – nelle sue premesse programmatiche – prende atto dell'inevitabile interferenza tra i diritti di proprietà intellettuale e le esigenze di libero scambio in un mercato concorrenziale globale, proponendo agli Stati membri misure e procedure di protezione dei primi che non si traducano in ostacoli al funzionamento del secondo.

Prospettiva questa che tende ad avvicinare le due “sponde nemiche”, dal momento che l'impedire la formazione od il rafforzamento di posizioni di rendita finisce in realtà per stimolare la innovazione che è fonte di futuri vantaggi competitivi.

¹ L'*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property rights* (TRIPs) del 15 aprile 1994 è stato stipulato il 15 aprile 1994 nell'ambito dei negoziati multilaterali dell'Uruguay Round ed insieme all'*Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) è allegato all'Accordo istitutivo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (World Trade Organization-WTO).

L'accordo è stato approvato dalla Comunità europea con decisione del 22 dicembre 1994 e ratificato dall'Italia con d.lgs. 19 marzo 1996 n. 198.

I. PROFILI PROCESSUALI

1.1 criteri di bilanciamento tra proprietà intellettuale e libera concorrenza

La giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado con i precedenti della Commissione europea – nella ricerca di un equo contemperamento tra le anzidette esigenze – ha fornito varie risposte su quando i vincoli al commercio intracomunitario ricadano nei divieti di cui agli artt. 81 ed 82 del Trattato e quando invece rappresentino legittima estrinsecazione dei diritti di proprietà industriale e commerciale (in tale dizione dell'art. 30 venendo ricompresa tutta l'area della proprietà intellettuale).

È stato così inizialmente proposta una chiave di lettura fondata sulla distinzione tra “esistenza” del diritto di privativa (piano “statico” intangibile dai divieti imposti dalla normativa CE sulla concorrenza) e suo “esercizio” (piano “dinamico” della condotta che può venir limitato dalla normativa antitrust)².

Questo criterio è stato di volta in volta integrato e/o sostituito – secondo le *rules of reason* ritenute via via più confacenti allo scopo – con quello della ricerca dell’“oggetto specifico del diritto” oltre il quale il suo esercizio è suscettibile di essere inciso dai divieti del Trattato³, dovendosi in pratica di indagare se sussistano circostanze particolari e prerogative nuove⁴, non necessariamente inerenti al diritto, le quali creino ostacoli inaccettabili alla concorrenza.

² ECJ 28 febbraio 1968 C-24/67 *Park Devis*; ECJ 5 ottobre 1988 C-53/87 *Renault* (modelli); ECJ 3 luglio 1974 C-192/73 *Hag I* (marchi); ECJ 22 gennaio 1981 C-58/80 *Dansk Supermarked* (diritti d'autore).

³ ECJ 17 maggio 1988 C-158/86 *Warner Brothers* ed ECJ 6 aprile 1995 C-241/91 P + C-242/91 P *Magill* (diritti d'autore); ECJ 22 giugno 1976 C-119/75 *Terrapin* (marchio); ECJ 5 ottobre 1988 C-238/87 *Volvo* (modelli).

⁴ Così le clausole aggiunte ai contratti di esclusiva tendenti ad impedire “importazioni parallele”: ECJ 13 luglio 1966 C-56-58/64 *Grundig*.

È stato altresì adottato il metodo di “verifica di compatibilità” dell’esercizio medesimo con la tutela della libera circolazione delle merci nel senso di vietarlo quando risulti finalizzato a creare o conservare artificiose suddivisioni di mercato⁵ (cioè le “discriminazioni arbitrarie” e le “restrizioni dissimulate agli scambi” richiamate dall’art. 30 del Trattato).

Questi canoni costituiscono riferimenti costanti della giurisprudenza nazionale e comunitaria al fine di scriminare tra liceità ed illiceità delle condotte commerciali coinvolgenti i diritti di proprietà intellettuale.

2. Il riparto delle competenze ed il ruolo delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale

Le controversie che investono il piano propriamente negoziale delle relazioni commerciali comportanti lo sfruttamento dei diritti di privativa presuppongono la lecita circolazione delle merci dal punto di vista della loro “autenticità” e dunque vanno tenute distinte dal tipico contenzioso *extracontrattuale* sulla violazione e validità dei titoli di proprietà intellettuale che caratterizza il processo civile di contraffazione.

La giurisprudenza italiana ha preso da tempo contezza delle problematiche transitanti tra pratiche antitrust e proprietà intellettuale non solo attraverso il provocato intervento della Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale di interpretazione ex art. 234 CE ma anche con autonomi accertamenti fondati sulle *rules of reasons* sovra indicate.

Nell’ambito del *private enforcement* spetta all’autorità giudiziaria nazionale sindacare se l’esercizio di un diritto di proprietà intellettuale rappresenti il “mezzo, l’oggetto o la conseguenza” di un

⁵ ECJ 14 settembre 1982 C-144/81 *Keurkoop*.

accordo o di una pratica restrittiva e se le modalità di attuazione del diritto stesso risultino l'effetto di un "abuso" di posizione dominante.

La tutela pubblicistica dell'interesse oggettivo alla libera concorrenza (*public enforcement*) è invece riservata alla Commissione UE ed alle rispettive Authorities nazionali⁶.

In Italia, il Tribunale ordinario in funzione di giudice singolo è deputato alla diretta applicazione degli artt. 81 ed 82 del Trattato (oggi nella loro integralità comprensiva delle "esenzioni" a norma del Regolamento CE n. 1/2003 del 16 dicembre 2002 sulla c.d. "modernizzazione") quando la pratica o l'abuso non si esauriscono sul mercato nazionale, ma vengono ad interessare sensibilmente il commercio tra Paesi membri, assumendo così "dimensione comunitaria".

La Corte d'Appello – invece – rimane funzionalmente competente in primo ed unico grado a conoscere delle condotte antitrust – ai sensi della l. 10 ottobre 1990 n. 287 – che pregiudicano la concorrenza nell'ambito del mercato nazionale od in una sua parte rilevante dove sia stata realizzata la dedotta violazione degli artt. 2 e 3 della legge medesima.

L'impianto delineato dall'art. 33 della l. 287/90 messo in discussione dai Giudici di pace sotto il profilo dei tempi e dei costi di procedura è stato ritenuto compatibile con i principi comunitari che lasciano agli ordinamenti interni dei singoli Stati membri definire le competenze dei giudici e fissare le regole di procedura purché nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività⁷.

⁶ Il riparto di competenze amministrative (e non giurisdizionali) tra Commissione ed AGCM è stato evidenziato da Cass. SS. UU. 29 marzo 2005 n. 6616 al fine della valutazione dei limiti di controllo del giudice amministrativo sulle modalità di esercizio del potere dell'Autorità nazionale in rapporto all'organo comunitario.

⁷ ECJ 13 luglio 2006 C-295/04 a C-298/04 *Manfredi ed altri*.

A queste competenze rispettivamente “concentriche”, a seconda che le pratiche anticoncorrenziali si propaghino su un *mercato di riferimento* a valenza esclusivamente nazionale oppure europea, è venuto ad affiancarsi un “terzo polo” chiamato a dirimere le controversie nelle quali si contrappongano i precetti antitrust con l’esercizio dei diritti discendenti dalle privative.

Si tratta delle Sezioni Specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale istituite – a sensi del d.lgs. 27 giugno 2003 n. 168 – presso i Tribunali (e le Corti di appello) di Bari, Bologna, Catania, Firenze, Genova, Milano, Napoli, Palermo, Roma, Torino, Trieste, Venezia ed ivi operanti come organi collegiali per la trattazione (anche) delle fattispecie di concorrenza sleale “interferenti” con la tutela della proprietà industriale ed intellettuale (art. 3).

Già segnalavo⁸ che la formula usata dal legislatore, nell’estendere le materie tipiche devolute alla competenza delle sezioni specializzate (in pratica le privative industriali ed i diritti d’autore) a tali controversie, ben poteva essere interpretata in senso *evolutivo* restando implicato nella sfera di competenza delle sezioni non solo il *diritto primario* relativo alle esclusive in sé ma anche il *diritto secondario* riguardante tutti gli aspetti connessi alla loro circolazione con gli effetti che ne potevano derivare sul mercato.

Il Codice della proprietà industriale ha ora espressamente previsto questa eventualità nella formulazione dell’art. 134, inserendo tra le materie di competenza delle sezioni specializzate *gli illeciti afferenti l’esercizio dei diritti di proprietà industriale a sensi della l. 10 ottobre 1990 n. 287 e degli artt. 81 ed 82 del Trattato UE* la cui cognizione sia del giudice ordinario: puntualizzazione – questa

⁸ M. SCUFFI, *I riflessi ordinamentali ed organizzativi del Reg. 1/2003: il raccordo con le istituende sezioni specializzate*, in *Incontro di studio del CSM sull’applicazione decentrata delle regole di concorrenza*, Roma 17-19 marzo 2003 ed in *Corriere Giuridico*, 1/2004, 124.

– diretta ad escludere ogni ipotesi di “sovrapposizione” – anche nel rito – con la concorrente giurisdizione amministrativa.

Rimane infatti devoluto al Tribunale amministrativo del Lazio (e quindi al Consiglio di Stato in II istanza) il sindacato su tutta l’attività provvedimentale dell’Autorità Garante della concorrenza e del mercato oggi comprensiva – per effetto della rafforzata “cooperazione” con la Commissione europea – anche della applicazione delle regole del Trattato in eventuale combinazione con le norme interne in materia di concorrenza⁹.

3. Onere di allegazione e casi paradigmatici

È principio consolidato in materia antitrust che il riparto di competenze tra Tribunale ordinario e Corte di appello è fondato sull’“onere di allegazione” in ragione – cioè – della prospettazione della fattispecie come limitata al mercato nazionale ovvero estesa a quello internazionale.

Spetta infatti all’attore l’onere di indicare i termini della controversia come ricadente sotto l’una o l’altra disciplina, mentre al resistente fornire – in via di eccezione – elementi atti a dimostrare che i fatti denunciati ricadono sotto la previsione di diversa normativa¹⁰.

Con l’ulteriore precisazione che la prospettazione del fatto ai fini dell’individuazione della competenza antitrust va rapportata ad una “concreta” allegazione, cioè alla effettiva natura (e non al mero

⁹ Questo “doppio compito” di vigilanza, già contemplato dalla legge comunitaria 52/1996, è oggi espressamente previsto dall’art. 11 del Reg. CE 1/2003 sull’applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 ed 82 del Trattato.

¹⁰ App. Milano, ord. 21-23 gennaio 1992, *Cavirinvest c. Nuova Samin*, ord. 21 gennaio-5 febbraio 1992, *Myc e altri c. Afi - Siae* e altri; App. Roma ord. 11 maggio-25 giugno 1993 *Parrini c. Bizzarri - Anadis ed altri*, riportate nell’*Apparato giurisprudenziale* di M. TAVASSI, M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust – tutela giurisdizionale della concorrenza*, Milano, 1998, 493 segg.

dato formale) della posizione giuridica dedotta e della materia cui inerisce¹¹.

Queste regole vanno calate anche nel settore di cognizione delle Sezioni Specializzate allorché la loro competenza sia destinata ad integrare quella generale attribuita – in tema di concorrenza – ai Tribunali ed alle Corti di appello.

Peraltro, entrando in gioco – secondo il testo del Codice di P.I. – la nozione di “afferenza” della condotta antitrust con l’esercizio dei diritti di proprietà intellettuale, sembra preferibile assegnare a questo concetto un significato più limitato rispetto a quello di “interferenza” (pure adottato dalla norma) coinvolgente tutte le possibili fattispecie di concorrenza sleale che presentino un contatto – ancorché indiretto – con un titolo di proprietà industriale.

Dunque circoscriverlo ai soli casi in cui il titolo di PI venga in rilievo come “causa” (e non come mera “occasione”) della domanda proposta per sanzionare l’illecito.

Resterebbe in tal modo preservata la competenza funzionale della Corte di Appello sulle fattispecie nazionali di cui agli artt. 2 e 3 della l. 287/90 e sui correlati interventi ex art. 33 (nullità e risarcimento del danno) che una interpretazione di massima latitudine quale quella riservata alla concorrenza sleale “interferente” finirebbe in pratica per abrogare.

Su queste linee – che rimandano anche alle diverse modalità espressive adottate in punto dall’art. 134 del Codice – la Corte di appello di Milano ha fondato la pronunzia di propria competenza funzionale in un caso di denunciato boicottaggio per rifiuto di una casa farmaceutica di continuare a fornire al grossista le specialità medicinali contrassegnate con proprio marchio.

¹¹ App. Milano, ord. 10-18 gennaio 2006 (ined.), *Exergia c. Trans Tunisina Pipeline* in tema di posizione dominante “escludente” in relazione al mercato italiano.

La Corte ha nell'occasione statuito che il fondamento causale del dedotto illecito antitrust (abuso di posizione dominante) non era fatto dipendere da un uso improprio od abuso dell'altrui segno o in relazione ad una sua capacità evocativa o distintiva ma dal rifiuto – ritenuto discriminatorio – di proseguire nelle forniture che la casa farmaceutica giustificava per sue scelte strategiche (quali l'affidare la distribuzione ad una società del gruppo)¹².

Diversamente il Tribunale di Napoli – in identica fattispecie (ma prima dell'entrata in vigore del Codice) – adottava sul punto una interpretazione più estensiva riconoscendo la competenza delle Sezioni Specializzate al cospetto di qualsiasi fattispecie di concorrenza sleale che avesse incidenza, *anche solo economica*, sulla circolazione di beni oggetto di privativa¹³.

Impostazione questa alla quale volutamente si è contrapposta quella adottata dalla Corte milanese basata sulla assenza di qualsiasi *nesso causale* tra la denunciata situazione di dominio e l'esercizio del diritto che astrattamente poteva consentirlo, il marchio essendo in quella vertenza richiamato solo sotto il profilo “statico” di mero contrassegno di prodotti dei quali era stata interrotta una fornitura commerciale che si voleva proseguita con l'imposizione giudiziale di un obbligo a contrarre.

4. La tutela del consumatore ed il ruolo del Giudice di pace

La delineata competenza delle Sezioni Specializzate a trattare in via esclusiva controversie in cui entri in relazione di “logica consequenzialità” la disciplina antitrust (nazionale e comunitaria) con le privative regolate dal Codice della proprietà industriale ed i diritti d'autore (e connessi) ex legge 22 aprile 1941

¹² App. Milano, ord. 20 aprile 2005 *Farmacie Petrone c. Pfizer*, in *Foro It.*, 2005, I, 1885.

¹³ Trib. Napoli, sez. spec., ord. 21 maggio 2004 in *Sez. Spec. P.I.*, 2004, II, 295.I.

n. 633 sicuramente tende a rafforzare la tutela “mirata” della struttura competitiva del mercato nell’interesse delle imprese ma anche del consumatore, spesso vittima indiretta, nella catena distributiva, della pratica antitrust.

Il ruolo del consumatore nelle azioni antitrust è stato rivalutato di recente – sia pur su tematiche estranee all’ambito del diritto industriale – con il coinvolgimento del Giudice di pace.

Va premesso che tanto nel diritto comunitario quanto secondo la legge nazionale è di regola sanzionata qualsiasi *concertazione* che risulti frutto di convergenza di volontà – più o meno esplicitata – su di un disegno di *manipolazione del mercato*.

La Suprema Corte al riguardo ha avuto modo di precisare¹⁴ che la *nozione di accordo* è da intendere in senso *oggettivo-sostanziale* più che *formale* e la Corte di giustizia ha puntualizzato che ciò che rileva è la *condotta anticompetitiva* realizzata anche al di fuori di predeterminati schemi negoziali ed anche quando l’impedimento operi nei confronti di uno dei contraenti liberamente stipulanti l’intesa perché – ove incida sulla libertà economica delle imprese – è da considerare vietata tanto a livello *orizzontale* quanto a livello *verticale*¹⁵.

¹⁴ Cass. 1 febbraio 1999 n. 827.

¹⁵ Corte di giustizia, sentenza *Courage* del 20 settembre 2001, che – intervenendo in via pregiudiziale sulla c.d. “*in pari delicto doctrine*”, regola generale del *common law* in tema di *contract* secondo cui le parti contrattuali si trovano sempre su di un piano di parità sostanziale oltre che formale partecipando in egual misura alla perpetrazione dell’illecito e dunque nessuna di esse risultando meritevole di tutela (“*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”) – ha evidenziato come un accordo restrittivo della concorrenza possa avere anche natura asimmetrica (*one-sided*) per la posizione di debolezza assunta da una parte che – pur assentendo al negozio in maniera esente da vizi di volontà – subisca in sostanza il preponderante potere di mercato dell’altra.

La Corte ha così statuito che il diritto comunitario si oppone a normative nazionali che precludano – per il solo fatto di essere parte di intese del genere – diritto al risarcimento del danno derivato dalla loro esecuzione a meno che non si

Così messo in risalto il carattere *pragmatico ed elastico* del diritto antitrust per reprimere efficacemente ogni tipo di comportamento anticoncorrenziale, la Corte di Cassazione ha proseguito nel suo *dictum* statuendo che la nullità di una intesa investe – oltre al negozio che l’ha generata – tutta la situazione di fatto (la c.d. *sequenza comportamentale*) venutasi a creare in relazione alla intesa stessa aprendo in tal modo un varco alla possibile *ricaduta della dichiarata invalidità* sui negozi stipulati *a valle* di quella intesa¹⁶ e dunque fornendo teoricamente mezzi di reazione in favore dei consumatori che di essa intesa fossero stati parte: tesi questa della c.d. nullità “a cascata” che andava a riflettersi – ad esempio – sui comportamenti delle banche in sede di “negoziato con i clienti”¹⁷.

Questa impostazione era peraltro abbandonata con ulteriori interventi della Corte di legittimità ai quali si allineava anche la giurisprudenza di merito¹⁸.

Veniva infatti sottolineato che il consumatore non aveva *azione diretta* in una materia che ha come unico oggetto di tutela la libertà di concorrenza tra le imprese¹⁹, di modo che solo queste

accerti che il richiedente abbia avuto una *responsabilità significativa* nella distorsione della concorrenza.

¹⁶ Corte di Appello di Brescia, sentenza 29 gennaio 2000 in causa *Girelli c. Novogas*.

I giudici bresciani – facendo riferimento all’intesa stipulata tra imprese operanti nel settore della distribuzione del GPL domestico valutata come anticoncorrenziale dall’Autorità Garante – invalidavano il *modulo uniforme* da esse imprese utilizzato per la clientela perché impediva agli utenti – causa i patti inseriti che rendevano antieconomica la risoluzione contrattuale – di rivolgersi alla concorrenza.

¹⁷ Cass. 30 giugno 2001 n. 8887 in tema di fideiussione *omnibus*.

¹⁸ Cass. 4 marzo 1999 n. 1811 e 13 aprile 2000 n. 4801.

¹⁹ Così Corte di Appello di Catania, sentenza 16 febbraio-1 giugno 2001 in causa *Parasaliti + altri c. Banco di Sicilia*.

Ma già il Tribunale di Alba – con sentenza 12 gennaio 1995 in causa *Beuf c. Cassa Rurale ed Artigiana di Gallo Grinzane Cavour* – aveva stabilito che le *norme bancarie uniformi*, sul piano dei rapporti banca-cliente, rappresentano

ultime (nella specie Istituti bancari) potevano dolersi di intese restrittive sul mercato (del credito) e non invece soggetti che non erano in rapporto concorrenziale con loro e per i quali il legislatore aveva previsto autonome forme di protezione²⁰.

Quando poi l'Autorità Garante italiana si era trovata a sanzionare trentanove delle più grandi compagnie assicurative per aver illecitamente colluso nell'offerta dell'assicurazione RC Auto, determinando un aumento ultraconcorrenziale del livello dei prezzi delle polizze²¹, la Suprema Corte prendeva atto che gli assicurati non potevano che promuovere cause dinanzi ai Giudici di pace per ottenere a titolo risarcitorio il rimborso di una somma pari a sovrapprezzo versato²².

Infatti, l'unico potere dei consumatori finali, esclusi dal novero dei soggetti legittimati ad ottenere tutela giudiziaria secondo la legge nazionale antitrust, veniva ad esaurirsi nella mera sollecitazione dell'intervento dell'Autorità Garante (in virtù di una legittimazione puramente "procedimentale") seguito – all'occorrenza – dall'esperimento di un'azione di responsabilità extra-contrattuale secondo gli ordinari criteri di competenza con coinvolgimento del Giudice di pace quale organo competente a decidere ex art. 7 c.p.c.²³.

condizioni generali di contratto di diritto privato sicché la sussistenza – rispetto ad esse – di una pratica concordata vietata ex art. 081 CE od art. 2 l. 287/90 non poteva inficiare di nullità i *contratti per adesione* banca-clienti che quelle norme richiamavano.

²⁰ Si allude agli artt. 1469 bis-sexies del codice civile sulle *clausole vessatorie* (capo aggiunto dalla l. 6 febbraio 1996 n. 52) ed alla l. 30 luglio 1998 n. 281 sulla disciplina dei *diritti di consumatori ed utenti*.

²¹ Provvedimento 8546 del 28.07.2000.

²² Cass. 9 dicembre 2002, n. 17475.

²³ La vicenda provocava anche l'intervento del governo che, con l. 63/2003, modificava l'art. 113 c.p.c., sottraendo al Giudice di pace la competenza a pronunciarsi secondo equità in merito ai rapporti giuridici derivanti da contratti predisposti ex art. 1342 c.c.

Di contrario avviso andava peraltro altra sezione della Corte di Cassazione la quale, chiamata a pronunciarsi sui c.d. patti assicurativi di massa, rilevava che l'omessa menzione nell'art. 33 dei soggetti legittimati ad agire non era idonea di per sé solo ad escludere i consumatori dalla cerchia di quanti potessero aver subito in concreto un pregiudizio dall'illecito antitrust la cui cognizione rientrava nella competenza *ratione materiae* della Corte di appello, mettendo così in luce la tendenza maturata dall'ultima giurisprudenza comunitaria con la sentenza *Courage* propensa ad estendere i margini della tutela risarcitoria persino a chi dell'intesa illecita fosse stata parte²⁴.

Stante la «questione di massima di particolare importanza», veniva quindi sollecitata con ordinanza interlocutoria²⁵, l'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite a composizione del contrasto.

Il supremo consesso²⁶ dirimeva così il conflitto sorto tra le due sezioni semplici, riconoscendo la legittimazione attiva dei consumatori finali a far valere una tutela risarcitoria nei confronti dell'impresa controparte contrattuale che, in attuazione dell'accordo cospiratorio "a monte", avesse applicato condizioni negoziali deteriori rispetto a quelle che avrebbero trovato luogo in un mercato indenne da illecite collusioni, indicando come giudice unico competente a pronunciarsi su domanda siffatta la Corte di Appello.

Oggi dunque il consumatore – sia a livello comunitario che sul piano nazionale – è annoverato – al pari dell'imprenditore – tra i soggetti di mercato aventi precipuo interesse al rispetto della sua struttura competitiva (e dunque direttamente tutelato dalla normativa antitrust invocabile contro chiunque tale primario interesse attenti) per cui il ruolo del Giudice di pace in questa materia è grandemente

²⁴ Vedi nota 15.

²⁵ Dec. 17 ottobre 2003, n. 15538.

²⁶ Cass. SS. UU., 20 gennaio 2005, n. 2207.

sfumato a favore del giudice della concorrenza nella sua triplice articolazione di cui si è sopra detto.

Eliminato in materia il filtro “economico” del Giudice di pace il consumatore sarà peraltro scarsamente incentivato ad agire giudizialmente contro le pratiche antitrust²⁷ in mancanza – almeno in Italia – di azioni di gruppo o di classe²⁸ ed a fronte di perdite certamente esigue rispetto ai costi processuali ancorché oggi ragguagliabili al raggiungimento degli obbiettivi perseguiti e dunque assoggettabili a meccanismi di riduzione e/o azzeramento grazie all’abolizione del divieto dei patti di quota lite (art. 2233 c.c.)²⁹.

Piuttosto occorrerà vigilare affinché la posizione del consumatore non venga per converso utilizzata in strategie processuali di traslazione del danno (c.d. *defencing passing-on*) che

²⁷ Vedi nota 7.

²⁸ La tradizione continentale europea è ancora distante dal modello che legittima un singolo ad agire in rappresentanza e nell’interesse della classe di appartenenza, la tutela degli interessi collettivi essendo al momento rimessa solo organismi istituzionalmente preposti a tale scopo.

In Italia è stata riconosciuta una generale *legitimitas ad agendum* alle associazioni dei consumatori e degli utenti in forza della l. 30 luglio 1998 n. 281 che estende l’intervento associativo alle tematiche principali della conflittualità economica (interessanti anche l’area del diritto industriale).

Meccanismi tendenzialmente ravvicinabili al modello delle *class actions* statunitensi sono allo studio nelle due proposte legislative del 27 marzo 2004 n. 3838 sulle azioni di gruppo e n. 3839 sulle azioni di classe.

Va in particolare segnalato il testo unificato del *ddl Bonito* precedente – con opportuni inserimenti nella l. 281/98 – la possibilità di richiedere – oltre all’inibitoria già prevista – anche il risarcimento del danno da liquidarsi dal giudice in favore dei consumatori od utenti legittimati – dopo il passaggio in giudicato della sentenza – ad agire individualmente per il riconoscimento in capo a loro stessi delle relative indennità.

Il “Codice del consumo” introdotto con il d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206 ha perso peraltro l’occasione di recepire questo importante strumento di tutela degli “interessi diffusi”.

²⁹ D.l. 4 luglio 2006 n. 223 (c.d. decreto Bersani) convertito in l. 24 Agosto 2006 n. 248 recante all’art. 2 disposizioni urgenti per la tutela della concorrenza nel settore dei servizi professionali.

potrebbero rivelarsi un mezzo di impunità per le imprese imputate di condotta antitrust³⁰.

Un caso del genere si era già presentato alla Corte di appello di Torino³¹ in merito ad accordo imposto con pressione monopolistica da società calcistica a società di turismo avente ad oggetto un sistema di vendita di biglietti di partite di calcio in trasferta con fissazione di prezzi inclusivi dell'ingresso allo stadio e della fornitura di prestazioni supplementari obbligatorie (viaggio, soggiorno ed intrattenimenti) che precludeva il diritto di assistere all'evento ai tifosi-consumatori non in grado di pagare i maggiori costi dei pacchetti (c.d. *business plans*).

La Corte, nell'occasione, osservava che la società acquirente dei pacchetti – ad essa intesa partecipante – aveva *traslato il danno* sui terzi posto che i maggiori costi erano stati sopportati dai consumatori finali, cioè i tifosi e dunque a questo titolo difettava di legittimazione ad agire.

Vero che la legittimazione verrebbe in tal modo a spostarsi sul consumatore così abilitato ad agire direttamente per il ristoro del danno finale (c.d. *offensive passing on*) ma i limiti ad azioni del genere dei quali si è detto non sembra possano al momento costituire un efficace mezzo di contrasto a tali pratiche.

³⁰ La Corte Suprema Usa ha sempre negato ingresso a teorie del genere, riconoscendo all'agente il diritto al *pieno risarcimento* senza deduzione della parte di danno eventualmente traslato su altri soggetti (anche per evitare una eccessiva frammentazione dei potenziali attori con aumento a dismisura del numero dei procedimenti giudiziari).

Occorre peraltro segnalare che lo scenario statunitense è ispirato a finalità prettamente “deterrenti” che prescindono da un tangibile collegamento con il danno effettivamente subito come attestato dalla tipica azione prevista dal Cleyton Act che consente al danneggiato di chiedere un risarcimento pari al triplo del danno subito (*treble damages action*) oltre il rimborso delle spese legali (compresa una *reasonable attorney's fee*).

³¹ App. Torino, sentenza 6 luglio 2000 in causa *VHF-Ventana Incentive House c. Juventus F.C.*

5. L'istruttoria: prova documentale e presunzioni

Il giudizio civile antitrust – quale che sia l'organo giudiziario competente a trattarlo – è essenzialmente un processo ad istruttoria documentale che si fonda e si esaurisce sui testi contrattuali e/o sugli scambi di corrispondenza tra le parti.

L'esperienza maturata fino ad oggi attesta che questo tipo di cause non ha mai richiesto lo svolgimento di prove orali, essendo sempre state decise sulla base dei documenti prodotti in giudizio da ambo le parti, documenti rappresentativi di accordi negoziali ovvero circolari o testi regolamentari sintomatici di comportamenti anticoncorrenziali.

La peculiarità del processo antitrust ha piuttosto assegnato un ruolo determinante alle presunzioni, purché gravi, precise e concordanti secondo le previsioni dell'art. 2729 c.c.

Sovente – infatti – gli operatori economici – nel realizzare accordi di regolamentazione del mercato – evitano di lasciare tracce scritte del loro operato (il c.d. *smoking gun*) desumibile, pertanto, solo da “prove indirette” ricavate da comportamenti convergenti e concludenti a quello scopo, come tali sufficienti a far supporre l'esistenza di una intesa sia pur a livello informale.

L'onere probatorio nei giudizi antitrust spetta all'attore-ricorrente, che deve fornire i mezzi istruttori a sostegno del suo assunto, ivi compresa – ai fini della competenza – l'individuazione del mercato entro il quale si è verificato il comportamento denunciato quale intesa vietata o posizione dominante.

La definizione di mercato rilevante costituisce – infatti – percorso obbligato di indagine, perché a tale parametro fanno specifico riferimento – sul piano nazionale – gli artt. 2 e 3, l. n. 287/90 e – sul piano comunitario – gli artt. 81 ed 82 CE, all'applicazione dei quali articoli concorrono – come si è visto il

Tribunale ordinario (giudice monocratico), le sezioni specializzate della P.I. e la Corte d'Appello.

Ad esempio – in tema di diritto dei marchi – è stato affermato che la “rinomanza” consiste nella diffusione della conoscenza del segno tra una parte significativa dei consumatori interessati al prodotto, secondo i criteri di quota di mercato, dell'intensità, della durata d'uso, dell'estensione geografica, degli investimenti effettuati per cui l'ambito territoriale del mercato rilevante per la rinomanza di un marchio comunitario coincide con il mercato unico mentre per un marchio internazionale si estende al mercato globale, quanto meno per Paesi ad economia avanzata³².

Anche il consumatore nell'esercizio dell'azione aquiliana proposta in funzione antitrust è tenuto ad allegare gli elementi della condotta censurata quale oggetto di intesa od abuso anticompetitivo ai suoi danni mentre spetterà al giudice verificare – anche in termini presuntivi – la sussistenza del nesso causale e la insufficienza delle prove *ex adverso* addotte per confutare tale *sequenza probabilistica*³³.

Nei casi di più accesa conflittualità – potrà esser peraltro necessario approfondire e/o integrare sul piano probatorio le reciproche allegazioni con rilevazioni tecniche più pregnanti per pervenire ad una corretta decisione sulla esistenza e consistenza della fattispecie denunciata.

6. Segue: *collaborazione informativa e consulenza tecnica*

Le rilevazioni tecniche – che trascendono la mera logica giuridica – difficilmente sono ovviabili dall'esperienza del giudice che – in genere – non è in grado di formare il suo libero

³² T. Roma, sez. spec. sentenza 8 novembre 2005 n. 23762 in *Sez. Spec. P.I.*, 2005, II, 331.

³³ Cass. 2305 del 2 febbraio 2007 in tema di risarcimento del danno da intesa assicurativa illecita.

convincimento su analisi economiche e stime di mercato indispensabili per valutare la portata del fenomeno anticoncorrenziale e le sue ripercussioni sul mercato.

Tra gli strumenti utilizzabili allo scopo, per conseguire un risultato giudiziario che non sia solo *judicially correct* ma anche *technically adequate*, vanno annoverati:

- a) *La richiesta di informazioni ed i pareri;*
- b) *Le osservazioni;*
- c) *La consulenza tecnica.*

- a) *La richiesta di informazioni ed i pareri;*

Il naturale punto di riferimento della collaborazione informativa del giudice sul piano nazionale è l'Autorità Garante mentre sul piano europeo è la Commissione, essendo l'autorità giudiziaria italiana (vuoi Corte di appello, vuoi Tribunale ordinario, vuoi sezione specializzata) chiamata ad applicare sia le regole dell'antitrust nazionale sia quelle comunitarie della concorrenza.

Posto che l'Autorità garante sicuramente possiede gli strumenti più idonei per compiere gli accertamenti che si rendono necessari per definire il contesto economico cui inserire il caso concreto, avevo suggerito³⁴ l'utilizzazione dello strumento dell'art. 213 c.p.c. che consente al giudice di richiedere di ufficio informazioni alla Pubblica Amministrazione, naturalmente per notizie già in possesso dell'Autorità (non potendo venir ad essa delegati compiti istruttori) e, dunque, per procedimenti già avviati e/o conclusi di cui le parti fornissero previa notizia.

L'Autorità Garante potrebbe in tal modo fornire dati tecnico-economici di estrema importanza per definire il contesto cui inserire

³⁴ M. SCUFFI, *Lo stato dei rapporti tra procedimenti amministrativi e giudizi civili antitrust*, in *Riv. dir. ind.*, 1999, 273.

il caso concreto ai fini della risoluzione della lite, anche se va detto che i rilievi e le risultanze contenuti nei suoi provvedimenti – ancorché *non vincolanti* per l'autonomia dei rapporti che contrassegna l'azione amministrativa e l'azione giudiziaria³⁵ – una volta trasmigrati nel processo tramite le produzioni delle parti hanno, di regola, rappresentato sempre un decisivo punto di riferimento valutativo dal quale il giudice non si è quasi mai discostato (ma anzi se ne è giovato) nel suo libero apprezzamento delle prove³⁶.

Richieste a sensi dell'art. 213 c.p.c. risultano peraltro avanzate solo dai Giudici di pace – nell'ambito dei giudizi risarcitori in allora avviati dai singoli consumatori contro le società di assicurazione – per acquisire notizia degli atti istruttori compiuti dall'Autorità nei procedimenti a carico delle Compagnie sul rilievo della natura anticompetitiva degli scambi di informazioni suscettibili di alterare il mercato dei premi³⁷.

Questo potere di “disclosure” trova invece massima espressione nell'ambito della cooperazione tra i giudici nazionali e Commissione.

Una “collaborazione informativa” era già prefigurata nella Comunicazione della Commissione del 13 febbraio 1993, auspicante una permanente consultazione informativa con riguardo a procedure in corso, quesiti giuridici, studi ed analisi economiche.

Oggi il quadro collaborativo è stato accentuato dal Regolamento CE n. 1/2003 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 ed 82 del Trattato che ha riproposto

³⁵ A differenza di quanto avviene per le decisioni della Autorità della concorrenza tedesca o dell'Office of Fair Trading inglese rispetto alle azioni di danno *follow-on*.

³⁶ App. Milano 24 maggio-3 giugno 2004, ord., *Moto c. Autogrill e vari*.

³⁷ Per approfondimenti su queste tematiche vedasi M. SCUFFI, *L'istruttoria nei giudizi antitrust: collaborazione informativa e strumenti di indagine a disposizione del giudice nazionale*, in *Dir. Ind.*, 5/2005, 473.

– con la forza cogente propria dell’atto legislativo – l’attribuzione alle giurisdizioni nazionali della potestà di richiedere alla Commissione informazioni e pareri su questioni – procedurali, giuridiche, economiche – relative all’applicazione delle regole di concorrenza comunitaria (art. 15.1).

Per l’acquisizione di notizie “in fatto” sull’esito dei procedimenti pendenti in Commissione e delle conseguenti decisioni non vi è dubbio che il giudice nazionale resti facultato a chiedere informazioni di natura procedurale per accertare se un determinato caso sia all’esame della Commissione, se su esso abbia preso posizione e quando presumibilmente assumerà una decisione.

È bene segnalare come questa informativa è indispensabile tanto per l’“applicazione consecutiva” quanto per l’“applicazione parallela” del diritto comunitario, avendo l’art. 16 del Regolamento rafforzato a dismisura il principio del “primato”³⁸ con lo stabilire che, quando la Commissione si è già pronunciata su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell’art. 81 (ed 82) del Trattato, il “giudice nazionale non può assumere decisioni in contrasto” (salvo – in caso contrario – sottoporre alla Corte di giustizia domanda di pronunzia pregiudiziale *ex art. 234* del Trattato), e nel consentire al giudice medesimo – nello stato di pendenza – la valutazione “se sia o meno necessario sospendere la causa” per evitare contrasto tra le rispettive decisioni.

Sicuramente più interessante (ed innovativa) è l’acquisizione di notizie “in diritto” ed “economiche” attraverso il c.d. “parere”.

Anche la richiesta di parere si innesta nel quadro di “assistenza” che la Commissione – quale *amicus curiae* – è tenuta a fornire alle giurisdizioni nazionali chiamate ad applicare il diritto comunitario della concorrenza (art. 15).

³⁸ Corte di giustizia 14 dicembre 2000 C-344/98 (*Masterfoods*).

Il giudice il quale – cercando lumi nei precedenti comunitari – non trovi in quei testi (orientamenti, linee direttrici, comunicazioni e regolamenti) indicazioni sufficienti sarà così facultato a chiedere alla Commissione il suo parere su questioni economiche, di fatto e di diritto rilevanti ai fini della risoluzione della lite, da rendere entro 4 mesi dalla data di ricevimento della richiesta (o delle richieste informazioni complementari).

Nell'esprimere il parere la Commissione si limiterà a fornire alla giurisdizione nazionale i chiarimenti economici o giuridici richiesti senza entrare nel merito della controversia sottoposta alla giurisdizione nazionale e senza vincolarla giuridicamente.

Così chiarisce la Comunicazione della Commissione del 27 aprile 2004, relativa alla cooperazione tra Commissione e giurisdizioni degli Stati membri UE ai fini dell'applicazione degli artt. 81 ed 82 del Trattato (punti 27, 28 e 29), analogamente a quanto prevedeva (ma con minor forza cogente perché non supportata dal corrispondente Regolamento) la precedente già citata Comunicazione del 13 febbraio 1993 (in vigore del Regolamento n. 17/62) che lasciava ai giudici nazionali la possibilità – oltre che di consultare la Commissione su questioni giuridiche – di informarsi presso la stessa sui dati di fatto, quali statistiche, studi di mercato ed analisi economiche al fine di ottenere utili risposte per la elaborazione della decisione (punti 38, 39 e 40).

La richiesta di parere si presenta – dunque – come un nuovo meccanismo di natura istruttoria del tutto informale di cui il giudice nazionale potrà, da subito, avvalersi nella risoluzione delle controversie, senza necessità di attendere particolari norme di attuazione.

Si tratta di esercizio di potere di ufficio all'occorrenza sollecitabile su impulso di parte con richiesta di rinvio della questione alla Commissione europea per il rilascio del parere che

trova fonte diretta in un Regolamento e, pertanto, prevale su qualsiasi altra disposizione processuale interna che eventualmente impedisca o renda più difficoltoso il ricorso a questo ausilio offerto dal diritto comunitario (punto 9).

In tal senso si è pronunciata la Corte d'Appello di Milano ritenendo l'istanza di parte (pur rigettata nel merito) in sè ammissibile – ancorché proposta per la prima volta nel corso del giudizio di impugnazione – facendo leva sulla natura della norma regolamentare direttamente esecutiva e attribuyente al giudice una facoltà sempre esercitabile d'ufficio³⁹.

Attraverso lo strumento della richiesta di parere (che si pone su un piano distinto dal meccanismo del rinvio pregiudiziale e non può essere utilizzato per sollevare questione pregiudiziale di interpretazione o validità innanzi alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 234 del Trattato) il giudice sarà perciò abilitato a richiedere i chiarimenti economici e/o giuridici occorrenti per decidere le questioni attinenti l'applicazione del diritto comunitario della concorrenza⁴⁰.

La cooperazione tra organi giudiziari e Commissione – cui è rivolto l'articolato sistema di collaborazione informativa anzidetto – sembra peraltro decollare con fatica probabilmente per una certa reticenza dei giudici – italiani in particolare – a rivolgersi ad autorità estranee alla loro sfera di appartenenza⁴¹.

³⁹ App. Milano 7 marzo 2005, ord., *Mail Express c. Poste Italiane*.

⁴⁰ Va comunque segnalato che l'istituto del parere *ex art. 15.1* del Regolamento n. 1/2003 è stato al momento attivato dai giudici nazionali solo per sottoporre alla Commissione questioni giuridiche, anche se la Commissione auspicherebbe una evoluzione di tale prassi collaborativa nel senso di ricevere quesiti di carattere economico od a contenuto misto giuridico/economico.

⁴¹ Modelli di informazione tecnico-giuridica internazionale scarsamente utilizzati sono pure quelli che si rinvencono nell'art. 14, l. 31 maggio 1995, n. 218 (riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato) sull'interpello di esperti ed istituzioni specializzate per l'accertamento della legge straniera e

b) Le osservazioni

Con disposizione di chiusura l'art. 15.3 del Regolamento n. 1/2003 abilita la Commissione (e la stessa Autorità Garante nazionale) a presentare d'ufficio, nell'ambito dei procedimenti giudiziari, osservazioni scritte (e – previa autorizzazione della Corte – anche orali) in merito a questioni relative all'applicazione degli artt. 81 ed 82 CE.

Trova così risalto e rafforzamento (al di là del rilascio di informazioni e pareri) la precipua figura di *amicus curiae*, mutuata dal diritto anglosassone, che si identifica in soggetto che interviene nella lite senza altro interesse che quello di collaborare con la Corte per il fine superiore della giustizia, evitando “errori” nella decisione.

Si tratta di istituto di “collaborazione neutra” all'amministrazione della giustizia la cui collocazione in ordinamenti quale il nostro – che ammette solo l'intervento del terzo quale portatore di un diritto proprio od a difesa delle ragioni di una delle parti in causa (art. 105 c.p.c.) – non è agevole ma può – in un certo senso – equipararsi all'intervento del P.M. in ogni causa in cui ravvisi un pubblico interesse (art. 70, ultimo comma, c.p.c.), nel caso identificabile nell'“interesse pubblico comunitario”.

Il diritto nordamericano ha sviluppato al riguardo il concetto di “amicizia interessata” che consente l'intervento di chi – per conto proprio o di un gruppo – agisca come portatore di un interesse collimante con quello superiore della giustizia⁴².

nell'art. 25 della Convenzione di Monaco sul brevetto europeo del 5 ottobre 1973 che consente l'acquisizione di parere tecnico da apposita divisione dell'UEB di Monaco.

⁴² Tipico il caso *United States c. Barnett* (376, U.S., 681), caratterizzato dall'intervento del Governo Federale americano come *amicus curiae* nel procedimento innanzi alla Corte per appoggiare le rivendicazioni del giovane di colore Meredith ad iscriversi nell'Università del Mississippi che escludeva gli studenti di colore: ciò al fine di ottenere – attraverso la soddisfazione di quella

Il riferimento analogico – sotto questo profilo – rimanda all'intervento *ad adiuvandum* degli enti portatori di interessi diffusi (quali le associazioni ambientaliste costituite parti civili nei processi penali)⁴³ o delle associazioni sindacali chiamate a rendere informazioni od osservazioni nel processo del lavoro (art. 425 c.p.c.).

Il Regolamento n. 1/2003 non contiene disposizioni procedurali specifiche per la presentazione di “osservazioni” da parte della Commissione, per cui spetterà agli ordinamenti interni individuare le regole più confacenti per consentire tali interventi nel rispetto dei principi di “efficacia” (le regole interne di attuazione non debbono essere tali da rendere eccessivamente difficile od impossibile l'applicazione del diritto comunitario) e di “equivalenza” (le medesime regole non debbono risultare meno favorevoli delle corrispondenti applicative del diritto interno).

Dunque – anche se il Regolamento non armonizza le regole di procedura nazionali né incide sugli istituti processuali propri di ciascun Paese – attesane la vincolatività ed obbligatorietà in tutti gli elementi – dovrà servire da parametro privilegiato di adeguamento sui rimedi che propone ed i risultati che suggerisce, non potendo il diritto comunitario trovare limitazioni di alcun tipo che ne impediscano il rispetto.

c) La consulenza tecnica

Strumento di grande utilità del quale potrebbe all'occorrenza servirsi il giudice nei procedimenti antitrust è quello della consulenza tecnica regolata dagli artt. 191-201 c.p.c.

Le Corti italiane – per l'analisi economica della situazione di mercato al fine di valutare la portata e gli effetti del fenomeno

pretesa particolare – l'affermazione del principio generale alla parità di trattamento dei cittadini senza alcuna discriminazione razziale.

⁴³ Pret. Roma 8 giugno 1988, ord., sull'intervento dell'Associazione Italia Nostra per il danno ambientale reclamato dallo Stato nel relativo giudizio penale.

anticoncorrenziale denunciato – per la verità – non hanno mai fatto uso di esperti, avvalendosi del loro ausilio – più che per indagini sull'*an* – per la determinazione del *quantum*, ai fini di stimare l'ammontare del pregiudizio economico da risarcire secondo le regole ordinarie (danno emergente e lucro cessante, ivi comprese le c.d. "perdite di opportunità")⁴⁴, in conseguenza della violazione addebitata.

La ragione – come si è visto – risiede nel fatto che sovente sono le parti stesse – in base all'iniziativa loro rimessa sul piano probatorio – a preoccuparsi di fornire, attraverso documenti e relazioni unilateralmente predisposte, il quadro di mercato entro cui inserire il caso concreto.

È indubbio – peraltro – che un consulente/economista potrebbe in taluni casi aiutare il giudice a meglio dipanare materie ove si confrontano teorie e stime economiche, migliorando la qualità della sua interpretazione e, quindi, potenzialmente, anche la sua decisione.

Il giudice non è educato al ragionamento tecnico ed ai metodi di analisi economica e, quindi, difficilmente – senza l'ausilio di un esperto – sarebbe in grado di organizzare nel dettaglio gli elementi di sapere scientifico sui quali fondare la propria decisione.

Ai fini di valutare un accordo ai sensi dell'art. 81 CE, o il dominio di una impresa rispetto a tutti i soggetti che con essa interagiscono ai sensi dell'art. 82 CE (ed analogamente a sensi degli artt. 2 e 3, l. n. 287/90), occorre infatti individuare preliminarmente il mercato di riferimento così come risultante dalla "combinazione" del mercato di prodotto e del mercato geografico: l'uno inteso come quello comprendente tutti i prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle loro

⁴⁴ App. Milano 26 novembre-24 dicembre 1996, ord., *Telsystem c. Sip (Telecom)*.

caratteristiche, dei prezzi e dell'uso ai quali sono destinati; l'altro inteso quale area territoriale entro la quale si approvvigiona agevolmente la clientela senza incontrare ostacoli o barriere nel procurarsi lo stesso o simile prodotto da un punto all'altro di quel territorio.

Già si comprende – da queste nozioni – quale importanza potrebbero perciò rivestire i *tests* sulle abitudini e le preferenze dei consumatori, nonché sulle opinioni dei dettaglianti; in altre parole gli studi di mercato e le indagini demoscopiche a tale scopo orientate.

Per ricordare qualche precedente italiano, la Corte d'Appello di Milano – in tema di abuso di posizione dominante (riduzione del sistema di sconti) – ha rilevato che il mercato delle macchine di movimentazione della terra era diversificato da quello dei pezzi di ricambio perché – a differenza del primo – era caratterizzato dalla insostituibilità dei ricambi originali, preferiti dai consumatori specie ove tecnicamente esperti.

La sentenza è di particolare interesse perché – in sintonia con i precedenti comunitari – utilizza appieno il criterio della tendenza del consumatore e del valore del marchio (a garanzia della qualità del prodotto), respingendo l'argomento della genericità dei ricambi e della reperibilità sul mercato dei pezzi fabbricati da altri⁴⁵.

Altrettanto ha deciso la Corte d'Appello Genova (in tema di rifiuto di casa produttrice di macchine da caffè di fornire agli utenti finali le ricariche di produzione esclusiva Gavazza), distinguendo il mercato delle macchine distributrici di caffè da quello dei rifornimenti (cialde o filtri a perdere FAP coperti da brevetto) stante la infungibilità tecnica delle ricariche utilizzabili solo su tali macchine e non su quelle di altre imprese reperibili sul mercato⁴⁶.

⁴⁵ App. Milano 10-16 gennaio 1996, ord., *SCAMM c. FKI-FAI Komatsu Ind.*

⁴⁶ App. Genova 21-25 settembre 2001, ord., *Coffee Time c. Luigi Lavazza s.p.a.*

Ottenuta una definizione “adeguata” del mercato rilevante sotto il profilo del prodotto e delle dimensioni geografiche si potrà, a questo punto, procedere alla configurazione del comportamento che si pretende anticoncorrenziale.

Supporto metodologico generale per le analisi susseguenti si rinviene nella Comunicazione della Commissione 27 aprile 2004 contenente le linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli artt. 81 ed 82 del Trattato; nella Comunicazione della Commissione del 27 aprile 2004 contenente le linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81.3 del Trattato (esenzioni); nella Comunicazione della Commissione 22 dicembre 2001 relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili alla concorrenza a sensi dell'art. 81.1 del Trattato (c.d. *de minimis*).

Individuato il mercato su cui opera una impresa egemone, andranno quindi stimati – secondo “criteri strutturali” – gli indici di dominio, cioè le quote ivi detenute in assoluto (sulla base del fatturato realizzato) ed in rapporto alle quote dei concorrenti e della composita pluralità delle presenze nel settore esaminato (c.d. affollamento), tenuto presente che la soglia “pericolosa” si aggira sul 40%⁴⁷, sino ad arrivare alla superdominanza del 90%.

Come si vede la consulenza tecnica ben potrebbe contribuire ad arricchire il processo di dati economici pertinenti per una più corretta lettura ed interpretazione del materiale istruttorio fornito dalle parti sul fenomeno concorrenziale.

7. Gli interventi inibitori e ripristinatori

Proprio nell'ambito delle interferenze tra diritti di privativa e regolamentazione antitrust si è assistito negli anni 2000

⁴⁷ Tale percentuale si ricava dal Regolamento n. 240/96 sugli accordi di trasferimento di tecnologia non più esentabili al superamento di tale quota.

all'esaltazione dei *poteri cautelari* inibitori-impositivi adottati dall'Autorità giudiziaria per evitare l'aggravamento e/o l'ampliamento del danno indotto dalle pratiche antitrust.

È stato infatti messo in disparte l'iniziale approccio formalistico che riteneva inammissibile l'imposizione di condotte – non di mera astensione – ma *costitutive* di nuovi rapporti giuridici, *estintive* di quelli preesistenti o comunque *modificative* dell'assetto degli interessi già convenzionalmente stabilito tra le parti.

Così la Corte di appello di Milano che, in passato, aveva respinto la richiesta cautelare rivolta a casa farmaceutica, produttrice del principio attivo di un farmaco in asserita posizione dominante, di rifornire l'impresa ricorrente ad un determinato prezzo sul rilievo che difettesse – tra l'altro – correlazione con l'azione costitutiva ex art. 2908 c.c., più di recente – in un caso di rifiuto di somministrazione di farmaci al grossista – ordinava alla casa farmaceutica di dare esecuzione – secondo condizioni e modalità vigenti nei pregressi rapporti – alle richieste di acquisto di medicinali.

Il quadro è dunque mutato vuoi perché la “strumentalità” del provvedimento di urgenza è venuto progressivamente ad allentarsi tanto è che non è più prevista la “obbligatorietà” del giudizio di merito per la conservazione della misura provvisoria ex art. 700 c.p.c. (principio ormai immanente in tutto il processo civile riformato dal c.d. “decreto competitività” di cui alla l. 14 maggio 2005 n. 80) vuoi – soprattutto – perché si è visto che la tutela cautelare – per essere veramente efficace – va dimensionata al caso concreto con l'approntamento dei mezzi di salvaguardia più idonei per neutralizzare nell'immediato gli effetti anticoncorrenziali della condotta onde evitare il rischio di consolidamento – nelle more del procedimento di merito – di posizioni illegittimamente acquisite.

Su tali presupposti il potere cautelare è stato esercitato per la prima volta anche dalla Autorità Garante italiana⁴⁸ in un caso di rifiuto di azienda chimico-farmaceutica di concedere licenza sul principio attivo a imprese terze per la produzione di farmaci (generici) destinati all'esportazione in paesi dove la protezione brevettale non esisteva od era venuta meno.

Il provvedimento – consistito nell'ordine di rilascio della licenza di produzione – è stato convalidato dal giudice amministrativo⁴⁹ con richiamo sia ai poteri cautelari della Commissione in materia di tutela della concorrenza⁵⁰ divenuti appannaggio delle Authorities nazionali in virtù della riconosciuta facoltà di adottare misure interinali da parte del Reg. 1/2003 (art. 5) sia all'art. 7 della l. 241/90 che fa salva la facoltà dell'amministrazione – anche prima della comunicazione di avvio del procedimento – di adottare provvedimenti cautelari.

L'indirizzo sul punto assunto della giurisdizione amministrativa è stato da ultimo seguito dal legislatore che – con la l. 248/06 cit. – ha inserito al capo II della l. 287/90 l'art. 14 bis autorizzante l'Autorità Garante – nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave ed irreparabile – a deliberare d'ufficio, ove costati ad un sommario esame la sussistenza di una infrazione, l'adozione di misure cautelari (che non possono essere comunque rinnovate e prorogate e la cui mancata attuazione implica irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie fino al 3% del fatturato).

L'intervento dell'Autorità naturalmente si differenzia – nei suoi presupposti – dalla tutela interinale di competenza dell'AGO, l'interesse protetto nel caso identificandosi non in quello – privatistico – di un concorrente o del consumatore, bensì nella

⁴⁸ AGCM, provvedimento 14388 del 15 giugno 2005 *Merck - Principi Attivi*, in *Dir. Ind.*, 3/2006, 244.

⁴⁹ Tar Lazio, decisione 9 novembre 2005, in *Dir. Ind.*, 3/2006, 262.

⁵⁰ ECJ 17 gennaio 1980 C-792/79 *Camera Care*.

dinamica concorrenziale in sé tanto è che la norma – coerentemente – attribuisce un potere cautelare “d’ufficio” all’Autorità medesima prescindendo dall’impulso di parte e lasciandola libera di decidere il contenuto della misura ed i suoi limiti temporali in modo definitivo.

Il mezzo di coercizione indiretta che assiste a titolo di *astreinte* tale intervento cautelare appare poi quanto mai opportuno per renderlo davvero “effettivo” nella concreta attuazione visto l’inerente pressione economico-dissuasiva che le penalità di mora da sempre esercitano sull’impresa.

II. QUESTIONI SOSTANZIALI

1. Posizione dominante e rifiuto di contrattare

Seguendo il metodo delle *case histories*, vorrei ora soffermarmi su una serie di tipologie che hanno interessato i rapporti tra normativa sulla proprietà intellettuale e diritto alla concorrenza per meglio approfondire le tematiche che gravitano sulla coesistenza delle rispettive discipline.

Va premesso che il semplice fatto di essere titolare di un diritto di proprietà intellettuale non costituisce posizione dominante.

Quando però ciò accada, l’impresa dominante – a differenza di altre che restano libere di selezionare i propri *partners* commerciali scegliendo con chi contrattare od anche di interrompere le relazioni contrattuali già in essere – ha una speciale responsabilità, essendole fatto divieto di restringere e/o ostacolare lo sviluppo della concorrenza in un mercato già ridotto per il fatto della posizione ivi rivestita⁵¹.

Nell’ambito di questa regola generale costituisce principio consolidato che una impresa in posizione dominante non può rifiutarsi, in assenza di valide giustificazioni, di rendere accessibili a

⁵¹ ECJ 13 febbraio 1979 C-85/76 *Hoffmann La Roche*.

terzi risorse che sono essenziali per poter accedere al mercato dominato cioè per consentire di competere⁵².

In questo caso il *refusal to deal or to supply* costituisce abuso “escludente” ricadente nel divieto di cui all’art. 82 CE (o dell’art. 3 della l. 287/90).

Tra i primi casi affrontati dalla Corte di giustizia può essere ricordato – sull’argomento specifico del brevetto – quello del distributore nazionale di materia prima per conto di azienda, unica produttrice al mondo della sostanza, che aveva cessato di rifornire l’azienda italiana che l’utilizzava per la preparazione di specialità medicinali nella terapia della tubercolosi ed alla quale era stato opposto il rifiuto di ulteriori forniture per voler la prima intraprendere direttamente – in concorrenza con le imprese che erano suoi clienti – la produzione dei prodotti derivati⁵³.

Si tratta di un tipico caso di *monopoly leverage* sanzionato dal giudice comunitario perché la posizione monopolistica sul mercato “a monte” veniva utilizzata come “leva” (*lever*) per acquisire o mantenere il mercato “a valle”.

Sul piano nazionale la corrispondente violazione alla legge antitrust è stata ravvisata – come si è visto sopra – nell’accordo di esclusiva in forza del quale era stato rifiutato al terzo la fornitura di materia prima indispensabile per la realizzazione di prodotti masticabili per l’intrattenimento di animali⁵⁴.

In entrambe le vicende la condotta “escludente” è stata ritenuta anticompetitiva ed assunti gli occorrenti provvedimenti coercitivi.

⁵² ECJ 26 novembre 1998 C-7/97 *Oscar Bronner*.

⁵³ ECJ 6 marzo 1974 C-6 + 7/73 *Commercial Solvents*.

⁵⁴ App. Milano, *Ceit c. Novamont + Ciuffo Gatto*, cit.

Al rifiuto di fornitura si ricollega il rifiuto di concedere licenze (*refusal to license IPRs*) che solo eccezionalmente costituisce un abuso.

Tra le prerogative del titolare di un diritto di proprietà intellettuale rientra – infatti – il diniego di licenza che – ancorché proveniente da una impresa in posizione dominante – non costituisce di per sé un abuso perché l'esclusiva si estrinseca proprio nel potere di escludere i terzi dallo sfruttare quei diritti senza il consenso del titolare.

Questo principio è stato per la prima volta elaborato nel caso di una nota casa svedese di produzione di autovetture che aveva denunciato l'importatrice nel Regno Unito di parafranghi fabbricati all'estero senza il suo consenso sui quali vantava il brevetto per modello ornamentale e che aveva opposto rifiuto a concedere licenza di vendita all'importatore pur dietro ragionevole compenso⁵⁵.

Il rifiuto si considera invece un abuso quando il richiedente la licenza non intende duplicare quelle merci o servizi offerti sul mercato dal titolare della privativa ma intende produrre nuovi prodotti e servizi non offerti da quest'ultimo e per i quali vi sia una potenziale domanda da parte del consumatore.

Sono questi i criteri di massima riportati nel “Discussion Paper” presentato dalla Commissione europea nel Dicembre del 2005 alla pubblica consultazione in tema di applicazione dell'art. 82 del Trattato ai c.d. *exclusionary abuses* che si basano su due fondamentali precedenti della Corte di giustizia: il caso Magill⁵⁶ ed il caso IMS Health⁵⁷, entrambi riguardanti la tutela dell'opera dell'ingegno ma le cui conclusioni possono valere anche nel settore

⁵⁵ ECJ C-238/87 *Volvo*, cit.

⁵⁶ ECJ 6 aprile 1995 C-241/91 P + C-242/91 P *Magill*.

⁵⁷ ECJ 29 aprile 2004 C-418/01 *Ims Health*.

della creazione tecnologica ed industriale viste le funzioni *para-brevettuali* ormai assunte dai diritti di autore.

Nel primo caso tre emittenti televisive rifiutavano – in forza del *copyright* che detenevano sui programmi – di comunicare ad una casa editrice i propri palinsesti per consentire la pubblicazione di una guida settimanale generale, impedendo l’emergere di un prodotto nuovo che esse non fornivano e che il consumatore richiedeva e così riservandosi un potenziale mercato derivato (quello delle guide televisive) con esclusione – stante il diniego di accesso all’informazione – di qualsiasi tipo di concorrenza.

La dominanza sul mercato “a monte” (*input market*) veniva qui a ricadere con effetto escludente sul mercato “a valle” dove non operava la privativa e di conseguenza negato al consumatore gli ulteriori benefici portati dall’innovazione.

Nel secondo caso la leader mondiale nella fornitura di servizi di *marketing* e ricerche di mercato per l’industria farmaceutica in forza del *copyright* vantato su una struttura ad aree di mercato funzionali alle rilevazioni da compiere, rifiutava di concedere licenza all’uso di tale *banca dati* (considerata vero e proprio “standard di fatto”) indispensabile per competere.

Qui l’abuso veniva ravvisato – non sul mercato “derivato” – ma nello stesso mercato dove il terzo intendeva fornire prodotti o servizi nuovi che il titolare del diritto di proprietà intellettuale non offriva.

Questi principi si ritrovano calati anche nell’ambito della brevettazione farmaceutica.

Come è noto l’inventore di un farmaco, in aggiunta al brevetto, fruisce di una privativa complementare che ne prolunga la durata per compensare il tempo occorrente all’immissione in commercio che non è contestuale al rilascio del titolo.

La maggior durata della protezione brevettuale è garantita dal c.d. *certificato protettivo complementare* (CCP) che è diversificata sul piano comunitario (Reg. CE 1768/92) dove non può essere superiore a 5 anni rispetto al piano nazionale dove invece può arrivare fino a 18 anni (l. 341/91) consentendo una estensione della privativa (almeno per i prodotti – circa 400 – per i quali la richiesta di CCP sia avvenuta anteriormente alla entrata in vigore del Regolamento) fino a 38 anni dalla data di deposito della domanda di brevetto.

Per ridurre tale differenza si sono succeduti una serie di interventi legislativi, peraltro di riallineamento solo graduale alla normativa comunitaria, per cui è stato previsto in contropartita che i “principi attivi” coperti da CCP potessero essere fatti oggetto di licenza volontaria a titolo oneroso a domanda delle imprese interessate per le sole esportazioni verso paesi dove non esisteva od era scaduta la privativa brevettuale o complementare, con intervento dell’Autorità Garante in mancanza di accordo tra le parti vista la potenziale abusività – dal punto di vista concorrenziale – di un rifiuto ingiustificato.

Tali disposizioni sono state trasfuse nel Codice della proprietà industriale (artt. 81 e 200) ed hanno trovato applicazione in due ipotesi di diniego di licenza del principio attivo per la produzione di antibiotici (Merck)⁵⁸ e di specialità medicinali per la cura delle emicranie (Glaxo)⁵⁹.

In entrambi i casi l’Autorità Garante ha ritenuto che il rifiuto da parte delle case farmaceutiche di mettere a disposizione il principio attivo, integrasse abuso di posizione dominante in violazione dell’art. 82 del Trattato siccome comportamento rivolto

⁵⁸ AGCM, provvedimento 14388 del 15 giugno 2005, cit.

⁵⁹ AGCM, provvedimento 15175 dell’8 febbraio 2006, *Glaxo*, in *Dir. Ind.*, 3/2006, 229.

ad ostacolare la produzione di una risorsa essenziale ai genericisti per accedere su mercati non coperti da privativa con l'intento – non diversamente spiegabile – di mantenere una esclusiva di sfruttamento anche su di essi.

2. Cause di giustificazione e brevettazione “standard”

Ci si può chiedere quando il rifiuto appaia “obbiettivamente giustificabile” si da rendere prevalente la esigenza di salvaguardia della proprietà intellettuale rispetto alla libera circolazione delle merci.

Le risposte – almeno secondo la casistica giurisprudenziale – si ricavano in negativo, fermo restando che spetta sempre alle imprese dominanti di dimostrare l'oggettiva necessità dei loro comportamenti ove essi risultino *prima facie* abusivi⁶⁰.

Certamente non costituisce scusante la mera titolarità di un diritto di privativa.

Neppure il rischio – spesso paventato dalle imprese farmaceutiche – di subire l'“esaurimento comunitario” sulla considerazione che la licenza sul principio attivo – una volta esportato – potrebbe autorizzare imprese terze a reimportarlo in Italia con il probabile impatto di un commercio parallelo smodato alla luce dell'economia del settore.

È stato infatti osservato che questa evenienza sarebbe agevolmente superabile in quanto basterebbe inserire nel contratto di licenza una clausola *ad hoc* che impegnasse il licenziatario ad

⁶⁰ La questione se il rifiuto di approvvigionamento da parte di una impresa sia o meno abusivo va comunque valutata alla luce del contesto economico e normativo proprio del caso.

In tal senso si veda decisione della Commissione CE 24 marzo 2004 (COMP/C3/37.792 *Microsoft*) e la stessa opinione della Corte Suprema USA secondo cui l'analisi antitrust deve essere sempre rapportata alle particolari caratteristiche ed alla struttura dell'industria in questione (causa *Verizon v. Trinko*).

effettuare la prima commercializzazione delle sostanze attive al di fuori dell'Unione europea senza peraltro impedirgli di riesportarlo successivamente all'interno di tale area geografica.

L'area delle esimenti è stata piuttosto interessata da una peculiare vicenda di utilizzo dell'obbligo di rilascio della licenza come mezzo di difesa da parte del contraffattore di tecnologie protette da privative c.d. *standard* indispensabili per l'accesso sul mercato.

Va premesso che la titolarità di un brevetto per invenzione relativo a tecnologia assunta a "standard produttivo" non vale ad attribuire alcuna posizione dominante quando il titolare consenta a tutti i potenziali interessati di far liberamente uso di quella tecnologia.

È il caso affrontato dal Tribunale di Mantova⁶¹ riguardante brevetti relativi a cassonetti per la raccolta dei rifiuti idonei ad essere prelevati da terra, svuotati e rideposti a mezzo attrezzatura meccanica montata su veicoli: brevetti utilizzando la normativa UNI con le soluzioni ivi riportate messe a disposizione di chiunque purché ne fosse fatta preventiva segnalazione al titolare.

Diverso il caso trattato e risolto con una serie di provvedimenti dal Tribunale di Genova⁶² avanti al quale era stata presentata domanda di svincolo dal sequestro di ingenti quantitativi di CD di produzione cinese oggetto di fermo doganale sul rilievo della natura della tecnologia riprodotta che – quale "infrastruttura essenziale" – doveva essere messa a disposizione di chiunque.

Va precisato che le specifiche tecniche necessarie per la realizzazione dei CD di c.d. seconda generazione (rispetto ai CD Rom di sola lettura/*compact disk read-only memory*) e cioè i CDR

⁶¹ T. Mantova, ord. 13 marzo 2000, *OMB Brescia c. Trim Box*, in *GADI*, 2000, 4147.

⁶² T. Genova, sez. spec., *ex multis*, ord. 07.05.2004 e 14.10.2004 in *Sez. Spec. P.I.*, 2004, II-III, 219 e 223.

(scrivibili/*write one-read many*) e RW (riscrivibili/*rewritable*) sono contenute nel c.d. Orange Book di Sony e Philips, costituente *standard* su “pool” di brevetti di cui è gioco forza avvalersi – tramite licenza concessa a livello globale secondo schemi contrattuali approvati dalla Commissione europea – per produrre CD in grado di essere letti da qualsiasi apparecchio esistente sul mercato (così come avviene – per esempio – per altri standard tecnologici famosi come il sistema operativo Windows di Microsoft).

Ebbene i giudici genovesi, facendo leva sulla *essential facility doctrine* vigente nel sistema antitrust statunitense e sui 4 *steps* del “test” di applicazione⁶³ (controllo della infrastruttura essenziale da parte di un monopolista; impossibilità del concorrente di accedere ad una ragionevole e praticamente realizzabile alternativa; diniego irragionevole del monopolista all’accesso alla *essential facility*; accesso tecnicamente possibile del concorrente), hanno stabilito che una cosa è la proprietà del titolo brevettuale, altra cosa è la proprietà del mercato che lo standard si trovi a definire o delimitare, sussistendo in tale situazione un obbligo del titolare a contrattare per non incorrere in una violazione per abuso di posizione dominante.

Il Tribunale non ha comunque revocato le misure cautelari perché ha escluso ravvisabilità di “rifiuto ingiustificato” in mancanza di una preventiva richiesta da parte del presunto contraffattore ed ha disposto il mantenimento delle misure fino a quando non fosse stata concessa – su istanza di quest’ultimo – licenza a condizioni eque e non discriminatorie previa offerta “reale” delle *royalties* già maturate al fine di regolarizzare la pregressa posizione.

⁶³ Il *leading case* richiamato nella pronunzia genovese è *MCI Corporation v. AT&T* (1983) ma la nascita della teoria risale al caso *U.S. v. Terminal Rail Road Association* (1912) in cui la Corte Suprema aveva imposto alle compagnie di trasporto proprietarie di un importante nodo ferroviario di concedere l’accesso a tale infrastruttura alle imprese concorrenti interessate a transitare da quel nodo.

A ben vedere l'impostazione garantistica seguita ha finito per "affievolire" il diritto di sfruttamento in mero diritto di credito al "compenso" in una ipotesi *extra legem* dove – argomentandosi dalla *ratio* sottesa all'art. 72 del Codice PI in tema di licenza obbligatoria – non sembra potesse essere pretesa a posteriori una licenza "volontaria" da parte di chi del prodotto da licenziare era già contraffattore (salvo che fosse in grado di preventivamente dimostrare la sua buona fede).

3. Esaurimento del diritto ed importazioni parallele

Regola fondamentale che entra in gioco nel disciplinare i rapporti tra la libera circolazione delle merci ed interessi perseguiti dall'ordinamento delle privative è quello che passa sotto il nome di principio di "esaurimento" cui è connesso il fenomeno delle c.d. "importazioni parallele".

La normativa sulla proprietà industriale riserva al titolare del diritto la facoltà esclusiva di immettere sul territorio nazionale, della Comunità europea e della SEE⁶⁴ i prodotti cui esso si riferisce.

Tale facoltà rimane peraltro circoscritta al solo *primo atto di messa in commercio*, nessuna prerogativa potendo essere vantata sulla successiva circolazione del prodotto, cioè rispetto a tutti gli ulteriori atti di scambio ai quali il titolare non potrà più opporsi o su essi influire.

Infatti la esclusiva di sfruttamento conferita dalla legge può essere goduto *una sola volta* sulla stessa unità di prodotto e si esaurisce con il prezzo monopolistico ottenuto al momento del primo atto di vendita (c.d. *sfruttamento*).

⁶⁴ L'Accordo sullo Spazio Economico Europeo (SEE) riguarda i 25 paesi dell'UE ed i paesi EFTA (Associazione Europea di libero scambio) cioè Islanda, Norvegia, Lichtenstein e Svizzera (che non fa però parte dell'Accordo).

Nell'ottica antitrust è stato dunque risolto in senso negativo la questione dell'attribuibilità al titolare del diritto di proprietà industriale del potere di *controllo assoluto* sulla produzione e distribuzione dei beni protetti.

Un diverso atteggiarsi del principio di esaurimento si rinviene invece nel settore delle biotecnologie in ragione della peculiarità del materiale biologico consistente nella sua *autoriproducibilità*.

In questo caso il titolare del brevetto biotecnologico sembra avere una tutela superiore rispetto a quella spettante ai titolari di privative concernenti la materia organica.

La direttiva 98/44/CE del 6 luglio 1998 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche estende infatti la protezione brevettuale al materiale ottenuto per riproduzione o moltiplicazione da quello brevettato in forma identica o differenziata purché dotato delle medesime proprietà e lo stesso vale per il prodotto consistente in una informazione genetica rispetto a qualsiasi materiale nel quale il prodotto sia incorporato.

Questo principio è oggi codificato nell'art. 8 del DL 10 gennaio 2006 n. 3 di attuazione della direttiva convertito nella l. 22 febbraio 2006 n. 78.

Il diritto assoluto di esclusiva sopravvive – dunque – anche dopo che la prima “generazione” del materiale è stata venduta, salvo che la riproduzione – moltiplicazione derivi *necessariamente* dalla utilizzazione per la quale il materiale biologico sia stato commercializzato nell'Unione europea (art. 9)⁶⁵.

⁶⁵ La Direttiva limita la portata della tutela anche al materiale di riproduzione di origine vegetale (od animale) sia stato comunque (ed ovunque) venduto ad un agricoltore (od allevatore) autorizzato alla sua riproduzione o moltiplicazione solo nella propria azienda, escluso il fine commerciale (art. 11).

Il c.d. “privilegio dell'agricoltore” che esonera il beneficiario dal pagare onerose royalties al titolare del brevetto – già contemplato nella Convenzione UPOV sulle

Come si vede il meccanismo di *consumazione dei diritti di privativa* è circoscritto solo a quei casi in cui particolari esigenze della collettività impongano di rimettere alla *libera utilizzazione* gli esemplari ricavati dal primo trovato biologico, diversamente l'esclusiva venendo ad estendersi anche al materiale di "propagazione".

Il principio dell'esaurimento è accettato in pressoché tutti gli ordinamenti europei e trova in Italia consacrazione nell'art. 5 del Codice PI che riprende il testo dell'art. 13 del Reg. 40/94 (marchio comunitario) e dell'art. 21 del Reg. 6/02 (disegni e modelli comunitari) sull'*esaurimento comunitario* già contenuto nell'Accordo di Lussemburgo del 1989 sul brevetto comunitario e nella successiva proposta di Regolamento del 1° agosto 2000.

Consegue che chi abbia brevettato, marchiato, disegnato un prodotto in uno Stato della Comunità e l'abbia messo in commercio anche tramite *esclusivisti* (dunque lui stesso o con il proprio consenso) non può impedire che il terzo acquirente di quello stesso prodotto lo esporti da uno Stato all'altro della Comunità stessa (o della SEE) rivendendolo anche a condizioni più vantaggiose tramite distributori non ufficiali, realizzando quel fenomeno definito di "importazioni parallele" che – in ambito comunitario – ha trovato plurime conferme di legittimazione dalla Commissione europea e dalla Corte di giustizia.

I giudici comunitari fin dagli anni '70 hanno infatti stabilito (caso *Centrafarm*)⁶⁶ che "L'esercizio – da parte del titolare del

varietà vegetali e nel Reg. CE 2100/94 sulla privativa comunitaria per i ritrovati vegetali – è stato dalla direttiva *ex novo* esteso anche agli allevatori di prodotti zootecnici (*breeder's privilege*).

⁶⁶ ECJ 31 ottobre 1974 C-15/74 + 167/74 *Centrafarm* dove Centrafarm – commerciante indipendente – aveva acquistato in Gran Bretagna – approfittando del prezzo più basso – un farmaco brevettato da Sterling Drug in G.B. ed in Olanda importandolo in tale ultimo paese ed ivi rivendendolo in concorrenza con il titolare del brevetto.

brevetto – della facoltà attribuitagli dal diritto di uno Stato membro di opporsi alla importazione del prodotto brevettato e posto lecitamente in commercio in altro Stato membro dal titolare stesso del brevetto o da qualsiasi suo licenziatario, è incompatibile con le norme del Trattato relative alla libera circolazione delle merci nell’ambito del mercato comune, essendo irrilevante che tra lo Stato ove è avvenuta la messa in commercio e lo Stato di importazione vi siano differenze di prezzo”.

4. La teoria del consenso

Molte dispute si sono incentrate sulla esistenza e le modalità del *consenso* del titolare alla messa in circolazione del prodotto.

Segnalo il caso *Pharmon* dove il titolare disponeva di un *brevetto parallelo* che aveva formato oggetto di una licenza obbligatoria (nell’ordinamento britannico riconosciuta a chiunque dietro equo compenso) e la merce importata proveniva da quel licenziatario⁶⁷.

Nell’occasione la Corte affermava che il titolare aveva comunque il diritto di bloccare le importazioni poiché la vendita realizzata in forza di *licenza obbligatoria* non poteva dirsi avvenuta con il consenso del titolare (che era stato privato del potere di decidere liberamente sulle condizioni di commercializzazione del suo prodotto) sicché il divieto di importazione e vendita dei prodotti fabbricati in base a tale licenza (a prescindere dall’adeguatezza delle *royalties*) rientrava nello scopo primario di protezione della “sostanza” stessa del diritto brevettuale.

La Corte di giustizia veniva peraltro a convalidare anche indirizzi in apparente contrasto con quest’ultimo, in un certo senso forzando il principio di esaurimento comunitario fino a

⁶⁷ ECJ 9 luglio 1985 C-19/84 *Pharmon*.

ricomprensivi situazioni di non – diritto quali quelle di commercializzazione di prodotti in *assenza di privativa*.

La c.d. giurisprudenza *Merck I*⁶⁸ veniva così a stabilire che, essendo rimessa a libera decisione del titolare del brevetto la scelta sulle modalità di commercio, ove questi intendesse distribuire il prodotto in un paese dove la brevettazione era vietata, doveva accettare le conseguenze di detta scelta per tutto ciò che riguardava la libera circolazione del prodotto nell'area comunitaria.

Soluzione ribadita nella giurisprudenza *Merck II*⁶⁹ con il *distinguishing* (in coerenza con la sentenza *Pharmon*) che ove il titolare del brevetto fosse giuridicamente obbligato (secondo il diritto nazionale o comunitario) a commercializzare il prodotto nello Stato di esportazione (privo di tutela brevettuale) non poteva dirsi che avesse prestato consenso alla commercializzazione, rimanendo dunque legittimato ad opporsi all'importazione di quel prodotto nello Stato dove esso riceveva tutela brevettuale.

La teoria del consenso ha poi trovato particolare attenzione nel campo dei marchi dove la limitazione dei poteri del titolare del segno per effetto dell'esaurimento non opera quando sussistano “motivi legittimi” per opporsi all'ulteriore circolazione dei prodotti.

Tra questi il Codice italiano della proprietà industriale espressamente contempla la “modifica” od “alterazione” dello stato originario del prodotto dopo la sua immissione in commercio.

In tal senso si è indirizzata la giurisprudenza delle Sezioni Specializzate italiane che hanno inibito – ad esempio – la vendita

⁶⁸ ECJ 14 luglio 1981 C-187/80 *Merck c. Stephar* dove la Merck, titolare di brevetti olandesi su di un farmaco (e sul procedimento di fabbricazione), lo vendeva anche in Italia all'epoca in cui vigeva il divieto di brevettazione e dunque a prezzo sensibilmente inferiore rispetto a quello praticato nei Paesi Bassi, spingendo così la Stephar ad acquistare detto medicinale nel nostro paese per poi rivenderlo in Olanda.

⁶⁹ ECJ 5 dicembre 1996 C-267 + 268/95 *Merck c. Primecrown e Beecham c. Europharm*.

sottocosto – insieme ad altri prodotti di diversa tipologia – del profumo Echo Davidoff in cui era stato soppressa sulla confezione il codice a barre ed alterata la sua composizione originale⁷⁰.

Scarso rilievo è stato invece dato ai casi di gestione commerciale in maniera asseritamene “screditante” dell’azienda produttrice o del distributore ufficiale negandosi che tra i motivi legittimi per impedire la circolazione intracomunitaria del prodotto (nella specie sanitari Jacuzzi) potesse essere annoverata la commercializzazione al di fuori della distribuzione selettiva predisposta dal titolare del marchio per evitare un possibile depauperamento della reputazione del prodotto stesso⁷¹.

Non ha invece trovato credito l’utilizzo difensivo del principio di esaurimento nelle azioni di contraffazione radicate sul fronte dei fenomeni della moda conosciuti come *vintage* o *customing* e caratterizzati dall’utilizzo di ritagli di tessuto di borse originali (nella specie Luis Vuitton) acquistate lecitamente sul mercato dell’usato ed applicati su altre di autonoma fattura.

L’eccezione veniva disattesa perché i prodotti così realizzati risultavano comunque “diversi” rispetto a quelli vecchi⁷².

5. *L’esaurimento mondiale*

Il contenimento della portata assoluta dei diritti di esclusiva trova ragione nel sistema economico comunitario (e della SEE) ispirato ai principi di libera concorrenza donde stenta a trovare ingresso – in virtù di una libertà generalizzata dei commerci – il principio universale di *esaurimento internazionale* volto ad eliminare

⁷⁰ T. Venezia, sez. spec., ord. 21 novembre 2003 in *Sez. Spec. P.I.*, 2004, I, 159.1.

⁷¹ T. Trieste, sez. spec., ord. 4 dicembre 2003 e 26 marzo 2004 in *Sez. Spec. P.I.*, 2004, I, 156.1 e 156.2.

⁷² T. Milano sez. spec., ord. 12 maggio 2004 in *Sez. Spec. P.I.*, 2004, II-III, 229.1.

ogni barriera protezionistica nei confronti delle importazioni extracomunitarie per effetto della prima immissione del prodotto *aliunde* avvenuta.

Nonostante la Commissione CE il 9 dicembre 1999 abbia pubblicato un “Working Paper” sull’esaurimento del diritto di marchio volto ad illustrare i punti principali per un possibile cambiamento dell’attuale sistema di “esaurimento comunitario” verso un regime di “esaurimento internazionale” attuato mediante accordi bilaterali con i paesi terzi per garantire il criterio di reciprocità⁷³, al momento si assiste ad un indirizzo nettamente contrario, rimanendo il mercato SEE “impermeabile” alle importazioni parallele di prodotti originali messi in commercio al di fuori di esso.

Le risposte elaborate dalla giurisprudenza comunitaria sull’art. 7 della direttiva 89/104/CEE di riavvicinamento della legislazione degli Stati membri in materia di marchi di impresa (trasfuso nel Codice PI e nei citati Regolamenti) sono state per lo più concordi nel negare all’esaurimento del diritto una portata geograficamente più estesa rispetto all’ambito comunitario entro il quale solo si *consuma*, restando di conseguenza il titolare – che non presta consenso a non restringere la circolazione del proprio prodotto – facultato ad opporsi alle *reimportazioni* dai paesi terzi di quello stesso prodotto⁷⁴.

⁷³ Anche la Corte EFTA nel caso *Maglie* (Advisory opinion del 3 dicembre 1997) aveva espresso il parere che dovesse essere lasciato ai paesi membri libertà di adottare il principio di esaurimento internazionale ancorché con riferimento all’accordo SEE istitutivo semplicemente di un’area di “libero scambio” diversa dal mercato unico CEE.

⁷⁴ ECJ 16 luglio 1998 C-355/96 *Silhouette* riguardante casa austriaca produttrice di occhiali prestigiosi e titolare del relativo marchio in Austria che aveva venduto una partita di occhiali passati di moda in Bulgaria, colà venendo acquistati da società terza produttrice di occhiali a basso costo per la ridistribuzione in Austria.

Anche la giurisprudenza nazionale ha da sempre fatto proprio il principio secondo cui l'esaurimento opera solo in ambito "comunitario", non essendo il Trattato finalizzato ad una "liberalizzazione" dei commerci su "scala mondiale" ma solo a definire una area comunitaria entro la quale non operino barriere alla libera circolazione dei beni, dei servizi e delle persone⁷⁵.

E le Sezioni Specializzate si sono uniformate a questo indirizzo elargendo le pertinenti misure cautelari (sequestro ed inibitoria) tutte le volte in cui si verificava una commercializzazione non autorizzata di prodotti di provenienza extracomunitaria, soprattutto nel settore dell'abbigliamento e dei generi di lusso⁷⁶.

Quanto alla scriminante del "consenso", l'eccezione ha sempre avuto scarso successo.

La Corte di giustizia in più occasioni – pur prefigurando la possibilità di un consenso "implicito" o "presunto" – ha precisato che esso va riferito ad ogni *esemplare* (della partita) del prodotto per il quale l'esaurimento sia invocato⁷⁷ aggiungendo che, trattandosi di abdicazione di un diritto che deve essere certo per gli effetti estintivi che vi si riconnettono, necessita di una "prova inequivoca" (escluso valore al silenzio) di onere del commerciante circa la rinuncia del titolare del marchio al proprio diritto di controllo sulla distribuzione del prodotto nell'area comunitaria⁷⁸.

⁷⁵ Cass. 18 novembre 1998 n. 11603 e Corte di appello di Milano 11 ottobre 1996 in *Dir. Ind.*, 5/1997, pag. 391.

⁷⁶ T. Torino, ord. 31 dicembre 2003 *Polo Ralph Loren*, in *Sez. Spec. P.I.*, 2004, I, 149; ibidem 14 gennaio 2004 *Puma* in *Sez. Spec. P.I.*, 2004, I, 151; T. Napoli, ord. 26 febbraio 2004 *Colgate Palmolive* in *Sez. Spec. P.I.*, 2004, I, 99; T. Bologna 22 giugno 2004 *Jam Session* in *Sez. Spec. P.I.*, 2004, II-III, 183.

⁷⁷ ECJ 1 luglio 1999 C-173/98 *Sebago* dove si discuteva di scarpe originali Sebago fabbricate su licenza in Salvador e rivendute in Belgio senza consenso del titolare del marchio.

⁷⁸ ECJ 20 novembre 2001 C-414/99 + 416/99 *Davidoff-Levi Strass* concernente la rivendita sul mercato comunitario di jeans acquistati fuori dallo spazio SEE.

La disciplina probatoria del consenso esige dunque che l'esaurimento del diritto di marchio – che costituisce una “eccezione” – debba essere sempre provato con sufficiente certezza da chi la invoca⁷⁹.

I *motivi legittimi* – che debbono comunque coinvolgere fattori che toccano la *materia specifica* e la *funzione essenziale* del diritto – sono stati in genere ravvisati in qualsiasi azione di terzi compromettente il valore, l'attrattiva, l'immagine del marchio e dei prodotti da esso contrassegnati.

Al riguardo, una recente pronunzia del Tribunale di Milano⁸⁰, con riferimento alla messa in commercio di cartucce per stampanti Epson destinate al mercato asiatico e reimportate parallelamente in Italia, ha ribadito che l'identità dei prodotti provenienti da mercati esterni alla SEE non è idonea a rivelare in maniera inequivoca il consenso del titolare alla loro libera circolazione almeno fino a quando sulle confezioni esterne – uniche rilevanti rispetto al consumatore – risultassero presenti istruzioni in lingua orientale.

Si può concludere sull'argomento rammentando che se la soluzione protezionistica è diretta a portare benefici all'industria europea (da taluno definita per questo “Fortezza Europa”) in contrapposizione con l'interesse del consumatore verso una soluzione più liberistica che stimoli la concorrenza, è pur vero che i titoli di proprietà industriale ed il marchio in particolare restano strumenti di garanzia e di controllo dei canali di commercializzazione che potrebbero essere compromessi da una apertura incondizionata ai mercati (specie quelli asiatici) con rischio

⁷⁹ Il principio – peraltro – ha subito di recente taluni adattamenti derivanti da esigenze di tutela della libera circolazione delle merci (ECJ 8 aprile 2003 C-244/00 *van Doren*).

⁸⁰ T. Milano, sent. 13 settembre 2004 in *Dir. Ind.*, 2005, II, 173.

di abbassamento dei livelli qualitativi e di sicurezza a danno dello stesso consumatore.

6. La tutela della forma ed i prodotti complessi

I delicati equilibri che contrassegnano i rapporti tra diritto della concorrenza e proprietà intellettuale si ripercuotono nel settore dei *disegni e dei modelli* (ed in generale della tutela della “forma estetica” dei prodotti).

In questo settore ancora lungo è il percorso per trovare un giusto temperamento tra le due discipline per le quali il legislatore comunitario – prima con la direttiva di armonizzazione 98/71/CE del 13 ottobre 1998 (recepita in Italia con il d.lgs. 2 febbraio 2001 n. 95 confluito nel Codice della proprietà industriale) e – poi – con il Regolamento CE 6/02 del 12 dicembre 2001 sui disegni e modelli comunitari ha adottato soluzioni di compromesso.

La direttiva comunitaria non è servita a risolvere definitivamente la spinosa questione della tutelabilità come modelli industriali dei “componenti di prodotti complessi”, in particolare le parti di ricambio degli autoveicoli (*body panels*) che hanno formato oggetto di accesi dibattiti tra le industrie automobilistiche ed i produttori indipendenti.

Dopo il *leader case* affrontato dalla Corte di giustizia⁸¹ che negava – in difetto di arbitrari rifiuti di fornitura – che il ricorrere alla brevettazione come modello delle parti staccate di carrozzeria costituisse di per sé abuso di posizione dominante con monopolizzazione dell’*after market* automobilistico dei ricambisti indipendenti, si sviluppava in Italia un orientamento giurisprudenziale diviso tra chi riteneva che i pezzi di ricambio per autovetture potessero costituire oggetto di valida privativa

⁸¹ ECJ 5 ottobre 1988 C-53/87 *Renault*.

conservando una propria industrialità ed autonomia estetica⁸² e chi in essi vedeva componenti “funzionali” del prodotto complesso privi di individualità stilistica rispetto all’insieme: orientamento quest’ultimo che finiva per prevalere con le fondamentali pronunzie della Suprema Corte, l’una riguardante i ricambi di fari posteriori della Volkswagen⁸³ l’altro gli specchietti retrovisori della Fiat⁸⁴.

I giudici di legittimità stabilivano – nel primo caso – che la linea dell’autoveicolo condizionava la dimensione, la collocazione e la forma delle parti che organizzava posto che l’aspetto esteriore di qualsivoglia componente era da considerare strettamente dipendente dal valore estetico del tutto nel quale si integrava; nel secondo caso, ribadivano che l’attributo ornamentale non era “frazionabile” dall’insieme che andava a comporre arricchendone il valore mentre l’accesso ad una autonoma proteggibilità era consentita solo ove il ricambio rivestisse un carattere “universale” applicabile ad un numero indeterminato di modelli.

La scelta della Cassazione basata sulla teoria del “*must fit, must match*” portava così ad escludere – almeno in linea di principio – la separata brevettabilità delle singole parti del prodotto complesso, sul rilievo antitrust che altrimenti si sarebbe realizzata una “duplicazione” del beneficio derivante da una tutela esclusiva “ulteriore” rispetto a quella della carrozzeria nel suo insieme che avrebbe reso le case automobilistiche assegnatarie di una ingiustificata posizione di monopolio preclusivo dello sviluppo della concorrenza sul mercato dei pezzi di ricambio.

La Direttiva comunitaria non ha risolto lo *spare part dilemma* semplicemente accantonandolo con la disposizione transitoria dell’art. 14 che ha lasciato agli Stati membri di mantenere

⁸² In tal senso *ex multis* T. Torino 21 aprile 1990 in *Dir. Ind.*, 1993, II, 13 e T. Milano 8 maggio 1995 in *Dir. Ind.*, 1995, II, 395.

⁸³ Cass. 24 luglio 1996 n. 6644.

⁸⁴ Cass. 3 gennaio 2001 n. 60.

in vigore le loro attuali disposizioni giuridiche fino alla modifica della direttiva stessa.

Il legislatore comunitario ha mostrato peraltro di propendere per la brevettabilità dei componenti incorporati nel prodotto complesso.

La formulazione dell'art. 3 della Direttiva è univoca sul punto ed anche il Reg. 6/02, adottando analoga formulazione (art. 4), ha fatto la medesima scelta, escludendo peraltro (fino alle modifiche che interverranno nel Regolamento stesso in conformità a quelle adottate dalla Direttiva) che la componente di un prodotto complesso possa essere nel frattempo protetta come disegno o modello comunitario.

Il legislatore italiano – adeguandosi a queste indicazioni con il dettato dell'art. 35 del Codice PI – ha sconfessato l'elaborazione giurisprudenziale poc'anzi ricordata ammettendo la registrazione come modello dei singoli componenti dei prodotti complessi purché dotati di novità, individualità e – soprattutto – “visibilità” nella normale utilizzazione da parte del consumatore finale (requisito questo che consentirà protezione autonoma alle parti esterne della carrozzeria ma non ai c.d. *prodotti sottocofano*).

Ha peraltro introdotto – mediante la c.d. “clausola di riparazione” (art. 241 del Codice PI) – una eccezione di “libera utilizzazione” disponendo che i diritti esclusivi sui componenti non possano essere esercitati per vietare ai terzi la fabbricazione e la vendita dei componenti per la riparazione del prodotto complesso al fine di ripristinarne l'aspetto originario: disposizione questa dettata da preoccupazioni antimonopolistiche e tendenzialmente rivolta alla liberalizzazione (benché parziale) del mercato mediante “compressione” della privativa quando il prodotto sia destinato al ricambio.

Come si vede lo scenario nazionale ed europeo non è riuscito ancora a trovare un apprezzabile *modus vivendi* tra questi peculiari diritti di privativa sulla forma del prodotto e le regole che governano il corretto funzionamento del mercato.

7. *Le interconnessioni ed i sistemi modulari*

Analoghe problematiche contrassegnano il contiguo settore delle interconnessioni e dei prodotti modulari ai quali fa riferimento l'art. 7 della Direttiva 98/71 CE (disposizione ripresa – a livello nazionale – dall'art. 36 del Codice PI ed – a livello comunitario – dall'art. 8 del Reg. 6/02).

Va premesso – in linea generale – che la tematica della “libera riproduzione” delle caratteristiche dell'aspetto del prodotto determinate esclusivamente dalla loro funzione ha trovato una soluzione pro-concorrenziale nel noto caso affrontato dalla Corte di giustizia⁸⁵ che ha visto protagoniste la Philips e la Remington sulla registrabilità come marchio della forma triangolare della parte superiore del rasoio elettrico funzionante con le c.d. *testine rotanti* e cioè con tecnologia alternativa a quella dei rasoi Braun c.d. *a vibrazione*.

In tale vertenza è stato stabilito che non può essere *riabilitata* dalla funzione distintiva acquisita mediante l'uso e la pubblicizzazione del prodotto la “forma necessaria” per ottenere un risultato tecnico, in essa rientrandovi qualsiasi forma rivolta a quel risultato ancorché raggiungibile utilizzando altre forme⁸⁶.

⁸⁵ ECJ 18 giugno 2002 C-299/99 *Philips/Remington*.

⁸⁶ Principi applicati nella medesima vertenza da T. Milano, 24 aprile 2004 in *GADI*, 2004, 4743 che ha dichiarato la nullità del marchio “tridimensionale” costituito dalla disposizione a triangolo delle tre testine rotanti altresì escludendo che la disciplina della concorrenza sleale per imitazione servile potesse essere richiamata per proteggere forme escluse dalla registrazione.

Come si vede la *forma funzionale* – benché *derogabile* – ha messo in secondo piano l'interesse imprenditoriale ad evitare confondibilità sul mercato facendo prevalere quello pubblico di evitare creazione di monopoli “perpetui” su soluzioni tecniche attraverso l'indebita invasione del diritto di marchio nell'ambito dei brevetti⁸⁷.

Questi principi informano in linea di massima anche le c.d. *interconnessioni*, cioè quelle caratteristiche formali che consentono ad un prodotto di essere connesso ad un altro.

In questo caso la *ratio* che ne esclude la protezione come modello o disegno (nazionale o comunitario) va ricercata nell'esigenza di evitare la formazione di *captive markets* che il fabbricante, monopolizzando *forma e dimensione* dell'interconnessione (si pensi al meccanismo di agganciamento del tubo di scarico al corpo di un veicolo), potrebbe istituire eliminando ogni “compatibilità” tra prodotti di marche diverse e così creando, anche con questo sistema, indebiti ostacoli alla concorrenza.

Ciò naturalmente riguarda l'aspetto strettamente “meccanico” della interconnessione e non investe il diverso problema della “compatibilità estetica” con riferimento alle parti di ricambio autonomamente proteggibili quando ricorrano i requisiti di legge.

In altre parole la portiera di una automobile incorporata in una carrozzeria può essere oggetto di privativa quanto al particolare andamento delle superfici e decorazioni che si intonano alla fiancata, ma non sulle sue dimensioni e nei dispositivi di incernieramento.

⁸⁷ Così la Commissione di ricorso dell'UAMI ha dichiarato nullo il marchio tridimensionale (mattoncino Lego) registrato per giocattoli in virtù del *secondary meaning* stante la prova irrefutabile della sua funzionalità (cui doveva cedere l'acquisita distintività). La decisione è attualmente sotto appello avanti al Tribunale di I grado del Lussemburgo.

La regola generale di protezione delle singole parti del prodotto riprende peraltro vigore allorché le interconnessioni riguardino *prodotti modulari*, cioè quando la forma abbia lo scopo precipuo di consentire la c.d. “unione o connessione multipla”.

Tale deroga al divieto di registrazione delle interconnessioni (c.d. *eccezione Lego* perché si suppone il portato di azioni di *lobbying* da parte delle aziende del settore tra cui l’omonimo gruppo danese produttore dei famosi mattoncini da gioco per costruzioni) è stata spiegata dal legislatore comunitario⁸⁸ nel fatto che – a differenza delle comuni interconnessioni che consentono di conseguire la “interoperatività” tra prodotti diversi con la conseguenza che il monopolio sulla forma dell’uno verrebbe ad estendere la privativa anche sul distinto mercato cui appartiene l’altro – nel caso di prodotti di un sistema modulare il mercato è unico per cui – se i particolari meccanici non fossero proteggibili – sarebbe agevole per i concorrenti riservarsi una comoda scorciatoia onde inserirsi in quello stesso mercato agganciandosi alla altrui produzione.

In questa prospettiva si collocano una serie di interessanti pronunzie delle Corti italiane riguardanti proprio i *mattoncini* Lego che – come è noto – sono accoppiabili per incastro mediante perni tubolari sporgenti sì da dar vita – attraverso mutua integrazione – a configurazioni geometriche differenziate.

La pedissequa produzione di identici elementi da parte di imprese terze dopo che erano scadute le privative godute dalla multinazionale danese portava quest’ultima a promuovere varie azioni di concorrenza sleale a sensi dell’art. 2598 c.c. che venivano nei primi gradi di merito rigettate⁸⁹ sull’assorbente rilievo (mancando in allora una normativa comunitaria *ad hoc*) che – trattandosi di

⁸⁸ Relazione alla proposta di Regolamento sul modello comunitario del 1993.

⁸⁹ T. Milano 28.10.1991 *Arco Falc* in *GADI*, 1991, 2712 e T. Milano 23.01.1997 *Linea Gig* in *GADI*, 1998, 3734.

forme “necessitate” – esse erano liberamente appropriabili da chiunque.

Quei giudici avevano detto, infatti, che la libertà di concorrenza e di iniziativa economica tollerava restrizioni solo per ragioni brevettali (limitate nel tempo) o anche concorrenziali (tendenzialmente perpetue) ma in questo caso esclusivamente per le “modalità sleali” di svolgimento ravvisabili nell’imitazione “servile” di aspetti formali dotati di capacità distintiva ed al contempo tecnicamente superflui, nel mentre la mancanza di tali connotati escludeva *in radice* qualsiasi violazione del disposto dell’art. 2598 n. 1 cc.

Un approccio diverso ha invece caratterizzato l’intervento giudiziale nel grado di legittimità ed in quello di appello.

La Corte di cassazione⁹⁰ rilevava infatti che nei sistemi modulari poteva – sì – essere realizzata dal concorrente una analoga serie componibile purché, però, essa fosse dotata di “varianti” anche minime che evitassero la compatibilità tra le due produzioni, in difetto la imitazione dovendosi considerare illecita perché in tal modo il terzo veniva ad avvantaggiarsi, oltre che dell’idea, anche di quanto, sfruttando quella idea, il suo concorrente era riuscito a conseguire in termini di avviamento su quello stesso mercato.

L’argomento è stato valorizzato nella decisione emessa dalla Corte di appello di Milano⁹¹ in parallela controversia in cui l’accento è stato spostato dal piano della confondibilità a quello dell’agganciamento in funzione parassitaria sanzionabile secondo la clausola generale dell’art. 2598 n. 3 (utilizzo di mezzi non conformi ai principi della correttezza professionale ed idonei a danneggiare l’altrui azienda).

⁹⁰ Cass. 9 marzo 1998 n. 2578.

⁹¹ App. Milano 23 ottobre 2003 in *Dir. Ind.*, 2004, II, 14.

In particolare i giudici di appello – ancorché le condotte censurate fossero state ritenute non ricadere sotto il divieto di imitazione servile – ricostruivano in chiave autonoma la norma concorrenziale (sostanzialmente riprodotte l'art. 10-bis della Convenzione dell'Unione di Parigi che rimanda agli “usi onesti in materia commerciale ed industriale”) adeguandone il contenuto allo spirito degli atti comunitari e dei testi legislativi nel frattempo intervenuti in tema di prodotti modulari il cui portato interpretativo non poteva esaurirsi solo in quell'ambito esclusivo ma doveva ispirare anche il piano della leale concorrenza.

Veniva pertanto valutato come scorretta, non l'adozione di un sistema modulare con caratteristiche funzionali identiche a quelle del concorrente che non incontrava – ovviamente – alcuna proteggibilità dopo la scadenza della privativa, bensì la sua modalità di impiego dotata per l'incastro di rapporti meccanici di misura millimetrica esattamente sovrapponibili a quelli altrui sì da consentire – non solo l'intercambiabilità del pezzo all'interno della propria produzione – ma anche l'inserimento nella serie di produzione del concorrente.

Come si vede, sono ancora le *rules of reasons* delle quali si è detto in premessa che debbono orientare il giudice verso una scelta metodologica calibrata sui casi concreti.

Alla luce di quelle linee-guida sarà così possibile intervenire sia su fenomeni di abuso negoziale dei diritti di privativa sia anche – nei casi da ultimo citati – su fenomeni di sfruttamento gratuito dello sforzo altrui pur in mancanza della relativa esclusiva.

PRIVATE ENFORCEMENT DELLE REGOLE DI CONCORRENZA: ANALISI COMPARATA DELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA E NAZIONALE

Michele Carpagnano

SOMMARIO: 1. *Introduzione al private enforcement delle regole comunitarie di concorrenza* - 2. *Il caso Manfredi visto dalla Corte di giustizia e dalla Giurisprudenza nazionale* - 3. *Una conclusione breve.*

1. Introduzione al private enforcement delle regole comunitarie di concorrenza

La possibilità di invocare dinnanzi ad un giudice nazionale l'applicazione delle regole comunitarie di concorrenza in una controversia tra privati e di chiedere il risarcimento del danno patrimoniale subito a seguito di una violazione delle stesse, rappresenta, di per sé, uno dei momenti più avanzati della confluenza e della integrazione tra l'ordinamento giuridico comunitario e quello interno di ciascuno Stato membro. Difatti, le azioni giudiziali fondate sul diritto comunitario della concorrenza sono *azioni nazionali* che potremmo definire *complesse*, poiché sono disciplinate dalle norme processuali dello Stato membro nel quale vengono promosse e, allo stesso tempo, da alcune disposizioni imperative di diritto comunitario¹. Del resto, quando le giurisdizioni nazionali agiscono nell'ambito del diritto comunitario esse sono tenute ad osservare oltre alle norme nazionali, rilevanti ai fini della definizione del caso di specie, *anche* le norme imperative ed i principi generali del diritto comunitario². Tale fenomeno è di solito descritto ricorrendo

¹ Sul punto si veda la *Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE*, 2004/C 101/0, lettera B.

² Cfr. per es. causa 5/88, *Wachauf*, Racc. [1989] 2609, punto 19.

all'immagine geometrica del *parallelismo* dell'applicazione delle regole. Nel diritto antitrust si può apprezzare un po' più facilmente come tale parallelismo sia solo apparente dal momento che i piani sui quali operano il diritto comunitario e quello nazionale sono leggermente diversi, inclinati quanto basta per creare una illusione prospettica. La diversità dei piani è sancita dal principio generale della supremazia del diritto comunitario rispetto a quello nazionale³. Secondo tale principio, come è noto, i giudici nazionali devono disapplicare qualsiasi disposizione di diritto interno che risulti in contrasto con una norma comunitaria. Tale regola opera, ovviamente, a favore dell'ordinamento comunitario lasciando il diritto nazionale in una situazione di soggezione. Una soggezione che, dalla prospettiva comunitaria si rivela necessaria per (cercare di) garantire uniformità ed effettività nell'applicazione delle regole del Trattato da parte delle giurisdizioni e delle autorità di concorrenza nazionali dei ventisette Paesi che delimitano, al momento, il mercato comune. Affinché il sistema di applicazione decentrata delle regole – caratteristica ormai tipica del *moderno* diritto antitrust comunitario – possa essere effettiva, è necessaria, per lo meno, una compatibilità

³ Tale principio è stato sancito dalla Corte di giustizia nella causa 106/77 *Simmenthal*, Racc. [1978] pag. 629, punto 21 e causa C-198/01 *Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF)*, Racc. [2003], punto 49. Quando applicano il diritto comunitario della concorrenza le giurisdizioni nazionali sono vincolate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado come pure dai regolamenti della Commissione che applicano l'articolo 81, paragrafo 3 del trattato CE a determinate categorie di accordi, decisioni di associazioni di imprese e pratiche concordate. Inoltre l'applicazione che è stata data dalla Commissione agli articoli 81 e 82 in un caso specifico è vincolante per le giurisdizioni nazionali quando applicano il diritto comunitario della concorrenza nello stesso caso parallelamente o successivamente alla Commissione. Infine, e fatta salva l'interpretazione definitiva del trattato CE da parte della Corte di giustizia, le giurisdizioni nazionali possono fare riferimento a regolamenti e decisioni della Commissione che presentano elementi di analogia con la causa di cui trattasi, come pure alle comunicazioni e alle linee direttrici della Commissione relative all'applicazione degli articoli 81 e 82 (20) e alla relazione annuale sulla politica di concorrenza.

minima delle regole (processuali e sostanziali) che governano l'azione di danno in ciascuno Stato membro⁴. Tale compatibilità riveste, come si intuisce, un ruolo fondamentale per la tenuta stessa dell'intero impianto di *enforcement* comunitario inteso sia come un valido strumento di applicazione delle regole che come un efficace strumento deterrente⁵.

Ma come si può raggiungere, effettivamente, un livello minimo di compatibilità delle regole nazionali (tra loro e rispetto al sistema comunitario) in assenza di regole uniformi? Si capisce facilmente come la varietà delle soluzioni nazionali rispetto a determinati aspetti processuali e sostanziali delle azioni civili (si pensi, ad esempio, alla legittimazione attiva, al termine di prescrizione, all'onere della prova, alle modalità di identificazione e quantificazione del danno sofferto dalla vittima, all'ammissibilità dei danni punitivi o all'ammissibilità della *passing on defence*, etc.), condizioni pesantemente l'esito delle azioni antitrust, che, in alcuni casi, risulta addirittura compromesso a causa proprio della specificità delle regole nazionali che disciplinano l'azione civile. Così, ad esempio, anche il doveroso ristoro del danno subito da un operatore economico a causa di un accordo restrittivo della concorrenza in violazione dell'articolo 81 del Trattato dipende, nei fatti, dalla cultura processuale dello Stato membro nel quale l'azione viene proposta e, in buona sostanza, dal grado di compatibilità di questa con il sistema comunitario. Risulta però piuttosto difficile

⁴ Cfr. Regolamento (CE) del Consiglio 16 dicembre 2002, n. 1/2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato (G.U. L 1 del 4 gennaio 2003).

⁵ Sul ruolo del *private enforcement* delle regole di concorrenza come rimedio civile e come elemento di deterrenza si rimanda alle considerazioni di WILS, *Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?*, 26 *World Competition* (3), 473-488, (2003); JONES, *Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check*, 27 *World Competition* (1) 13- 24, (2004); MONTI, *Article 81 EC and Public Policy*, *Common Market Law Review*, 2002, 39, 5.

apprezzare, in concreto, il grado di compatibilità effettiva dei sistemi interni di *private enforcement* senza avere a disposizione un parametro di valutazione minimo uniforme a livello comunitario.

L'assenza di una legislazione comunitaria di riferimento rappresenta il *leitmotiv* della questione e, allo stesso tempo, l'asse di rotazione dei principali problemi legati all'effettività del *private enforcement* comunitario. Infatti, se il legislatore comunitario fosse intervenuto a disciplinare in modo uniforme determinati aspetti dell'azione civile antitrust, le regole da esso stabilite avrebbero vincolato (in quanto direttamente applicabili) i giudici nazionali allo stesso modo in tutti gli Stati membri, anche in presenza di eventuali regole nazionali contrastanti (che sarebbero state automaticamente disapplicate nel caso concreto). Regole uniformi avrebbero garantito, in linea di principio, una uniformità degli esiti processuali delle azioni civili nei ventisette Stati membri; mentre, il diritto nazionale antitrust avrebbe continuato a seguire il suo corso difforme e variegato.

L'attuale assenza di una legislazione uniforme, che probabilmente non tarderà molto a venire, espone invece, come abbiamo anticipato, il sistema di *enforcement* comunitario al duplice rischio dell'ineffettività delle regole e della difformità degli esiti giudiziali⁶. La Corte di giustizia è intervenuta in più occasioni per

⁶ A proposito di un possibile e prossimo intervento del legislatore comunitario in materia di applicazione delle regole comunitarie di concorrenza si consideri che è la natura stessa della materia a richiedere una cornice legale il più possibile uniforme al fine di garantire maggiore sicurezza giuridica ed efficacia delle regole; su questo punto si rimanda alle considerazioni di politica del diritto espresse dal Parlamento europeo in *Report on the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, aprile 2007, pagina 13. Del resto, un unico *fil rouge* lega l'emanazione del Regolamento n. 1/03, l'attività di promozione di specifici programmi di formazione rivolti ai giudici nazionali aventi ad oggetto il diritto comunitario della concorrenza, lo studio comparato promosso dalla Commissione europea sulle azioni di danno, nonché la già ricordata pubblicazione del Libro Verde e, nel giugno del 2006, le Osservazioni al Libro Verde stesso; inoltre, per la fine di

porre rimedio a tale rischiosa ed indesiderata situazione. Secondo la Corte, in assenza di una legislazione comunitaria, compete all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire "le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario"⁷. Tale generosa apertura della Corte alla discrezionalità dei legislatori nazionali è, come si intuisce, solo apparente (oltre che necessitata). Difatti, lo spazio di intervento del legislatore nazionale in merito alla disciplina delle azioni civili interne è, in realtà, fortemente condizionato al rispetto dei principi di effettività e di equivalenza. Pertanto, l'assenza di una legislazione comunitaria sposta la responsabilità (limitata) della definizione di regole procedurali e sostanziali effettive al legislatore interno; il quale dovrà, quando necessario, rendere maggiormente compatibile il sistema di *enforcement* domestico con quello comunitario. Tanto è vero che, negli ultimi anni, alcuni Stati membri (tra cui Regno Unito, Germania e Francia) hanno modificato o stanno modificando (Spagna) le proprie legislazioni nazionali al fine di renderle maggiormente compatibili con il sistema antitrust decentralizzato introdotto con il Regolamento n. 1/2003⁸. Se il legislatore nazionale

quest'anno è attesa la pubblicazione da parte della Commissione di un Libro Bianco sul *private enforcement* delle regole comunitarie di concorrenza. Cfr. KROES, discorso del 8 marzo 2007; cfr. Parlamento europeo, *Report on the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules* [2006/2207(INI)] FINAL A6-0133/2007. Si tenga presente che l'intervento normativo della Commissione in materia di azioni di danno antitrust dinanzi alle corti nazionali deve rispettare i principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Cfr. *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, disponibile all'indirizzo web: http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/comparative_report_clean_en.pdf.

⁷ Si vedano le sentenze 10 luglio 1997, causa C-261/95, *Palmisani*, Racc. pag. I-4025, punto 27; *Courage e Crehan*, cit., punto 29, *Manfredi*, cit., 62.

⁸ In particolare il Regno Unito rappresenta, al momento, il fronte più avanzato della applicazione effettiva delle regole concorrenza. Anche l'ordinamento italiano

non interviene per modificare o eliminare gli eventuali aspetti interni che frizionano con il sistema comunitario, come sta accadendo in Italia, la responsabilità (limitata) a cui poco sopra accennavamo passa ai giudici nazionali. Spetterà a loro dover maneggiare, nella decisione del caso concreto, il metro di valutazione creato dalla Corte di giustizia per ponderare, nel caso concreto, il grado di compatibilità dei singoli aspetti procedurali e sostanziali interni con il sistema comunitario⁹. Tale metro di valutazione è formulato come segue: le modalità interne di applicazione delle regole comunitarie di concorrenza non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) né tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività).

Ecco individuato, allora, il momento critico di intersezione tra l'ordinamento giuridico comunitario e gli ordinamenti interni: le

ha provveduto a modificare in parte la legge 287/90 per renderla maggiormente compatibile con il sistema di *enforcement* comunitario introdotto con il R. 1/03. Si sottolinea al riguardo che l'articolo 14, comma 2, del d.l. 223/2006 convertito, con modifiche, dalla l. 4 agosto 2006, n. 248 «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, recante disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale» ha rafforzato, in linea con l'ordinamento comunitario, i poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con il fine di incrementare la capacità di prevenzione degli illeciti *antitrust* nel mercato nazionale. Si veda, in particolare, l'art. 15 della legge 287/90, come modificato dall'articolo 11, comma 4, della legge 5 marzo 2001, n. 57, recante «Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati» e dal citato articolo 14, comma 2, del d.l. 223/2006 convertito, con modifiche dalla l. 4 agosto 2006, n. 248.

⁹ È opportuno ricordare che tale ruolo delle Giurisdizioni nazionali non viene meno nel caso in cui il legislatore nazionale disciplini la materia; il principio di supremazia del diritto comunitario rispetto al diritto interno s'impone al giudice nazionale anche in presenza di una legislazione nazionale di dettaglio quando questa risulti essere in contrasto con le regole comunitarie.

giurisdizioni nazionali, in mancanza di disposizioni di diritto comunitario, *devono* applicare il diritto procedurale nazionale *ma* l'applicazione di tali disposizioni deve essere compatibile con i principi generali del diritto comunitario. Al riguardo è utile ricordare alcune regole stabilite dalla Corte di giustizia:

a) in caso di violazione del diritto comunitario, il diritto nazionale deve prevedere sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive¹⁰;

b) quando la violazione del diritto comunitario arreca un pregiudizio ad un privato (impresa o consumatore) questi dovrebbe, al verificarsi di determinate condizioni, poter chiedere alla giurisdizione nazionale il risarcimento dei danni subiti¹¹;

c) le norme procedurali e le sanzioni che le giurisdizioni nazionali applicano per dare attuazione al diritto comunitario non devono rendere tale attuazione eccessivamente difficile o praticamente impossibile (principio di efficacia) e non devono essere meno favorevoli delle disposizioni applicabili in sede di applicazione di disposizioni equivalenti di diritto nazionale (principio di equivalenza)¹².

¹⁰ Sul punto si veda causa 68/88, *Commissione/Grecia*, Racc. [1989] 2965, punti da 23 a 25.

¹¹ Sull'azione di risarcimento dei danni in caso di infrazione commessa da un'impresa, cfr. causa C-453/99, *Courage e Crehan*, Racc. [2001] 6297, punti 26 e 27. Sui danni in caso di infrazione commessa da uno Stato membro o da un'autorità che è un'emanazione dello Stato e sulle condizioni di questa responsabilità dello Stato cfr. per esempio: cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich*, Racc. [1991] I-5357, punti da 33 a 36; causa C-271/91, *Marshall/Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*, Racc. [1993] I-4367, punti 30 e da 34 a 35; cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, Racc. [1996] I-1029; causa C-392/93, *British Telecommunications*, Racc. [1996] I-1631, punti da 39 a 46 e cause riunite C-178/94, C-179/94 e da C-188/94 a 190/94, *Dillenkofer*, Racc. [1996] I-4845, punti da 22 a 26 e 72.

¹² Sul principio di efficacia si vedano le sentenze causa 33/76, *Rewe*, Racc. [1976] 1989, punto 5; causa 45/76, *Comet*, Racc. [1976] 2043, punto 12 e causa 79/83, *Harz*, Racc. [1984] 1921, punti 18 e 23. Mentre sul principio di

Come abbiamo anticipato, in virtù del principio della prevalenza del diritto comunitario, le giurisdizioni nazionali non possono applicare disposizioni interne che siano in contrasto con questi principi.

Fin qui niente di nuovo, se non fosse che il legislatore comunitario pare aver deciso di intervenire in tempi brevi a disciplinare la materia delle azioni *private* antitrust e che i primi casi di azioni di danno fondate su violazioni del diritto comunitario della concorrenza hanno già raggiunto alcune corti nazionali¹³. Data la natura e le finalità di questo breve intervento ci limiteremo nelle pagine che seguono ad osservare come, alcune delle questioni più delicate e controverse relative al *private enforcement* delle regole comunitarie di concorrenza sono state risolte dalla giurisprudenza comunitaria più recente e nell'ordinamento giuridico italiano, che ha registrato proprio il mese scorso, la prima pronuncia di risarcimento del danno subito da un consumatore finale a seguito di una violazione delle regole comunitarie di concorrenza. Il riferimento è,

equivalenza si rimanda alle sentenze: causa 33/76, *Rewe*, Racc. [1976] 1989, punto 5; *Rewe*, causa 158/80, Racc. [1981] 1805, punto 44; causa 199/82, *San Giorgio*, Racc. [1983] 3595, punto 12 e causa C-231/96, *Edis*, Racc. [1998] I-4951, punti 36 e 37.

¹³ Si veda nota n. 7. Al momento in cui si scrive è ancora difficile prevedere attraverso quali strumenti normativi le Istituzioni comunitarie decideranno di intervenire a regolare la materia; così come sono ignoti i tempi di intervento. Il funzionario della Commissione europea De Smitjer ha manifestato tale incertezza nel corso del seminario di studio dal titolo "El Libro Verde sobre reparación de daños y perjuicios por el incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia", tenutosi a Madrid il 30 marzo 2006. Si veda da ultimo il testo del Parlamento europeo, *Report on the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, cit. Una raccolta delle sentenze delle giurisdizioni nazionali (ordinate per Stato membro) che hanno applicato le regole comunitarie di concorrenza è disponibile all'indirizzo web: http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/national_courts/index_en.html.

ovviamente, al caso *Manfredi*¹⁴.

2. Il caso *Manfredi* visto dalla Corte di giustizia e dalla Giurisprudenza nazionale

L'azione di risarcimento del danno fondata su una violazione delle regole comunitarie di concorrenza è un rimedio che ha origine giurisprudenziale¹⁵. Tale azione ha rappresentato un passo necessario ed ulteriore nell'evoluzione delle regole di concorrenza verso l'effettività, ed è intimamente legata ad un altro principio di origine giurisprudenziale: il principio della diretta applicabilità degli articoli 81 ed 82 del Trattato¹⁶. Solo attraverso il riconoscimento della diretta applicabilità delle regole di concorrenza nei rapporti tra privati (oggi

¹⁴ Si tratta delle quattro sentenze del Giudice di pace di Bitonto di data 21 maggio 2007 nei casi *Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*; *Cannito c. Fondiaria Sai SpA*; *Tricarico c. Assitalia SpA*; *Mugolo c. Assitalia SpA* che hanno occasionato la pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia del 13 luglio 2006 nelle cause riunite C-295-98/04.

¹⁵ Si veda nota 16.

¹⁶ Nel 1974, la Corte di giustizia, decidendo il caso *BRT/SABAM*, riconobbe che “per loro natura, i divieti sanciti dagli artt. 85, n. 1, e 86 (*ora 81 n. 1 ed 82*) sono atti a produrre direttamente degli effetti nei rapporti fra i singoli” e che “detti articoli attribuiscono direttamente a[i][singoli] dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare”, cfr. sentenza della Corte di giustizia del 30 gennaio 1974, causa 127/73, *Belgische Radio en Televisie contro SV Sabam e NV Fonior*, in Racc. 1974 pagina 51, punto 6. Si vedano anche le sentenze della Corte di giustizia del 18 marzo 1997, causa C-285/95 *P. Guérin automobiles/Commissione*, Racc. pag. I-1503, punto 39; del 28 febbraio 1991, causa C-234/89, *Delimitis*, Racc. pag. I-935, punti 14-26; causa C-344/98, *Masterfoods/HB Ice Cream*, Racc. [2000] I-11369. Nonostante, come abbiamo anticipato, la diretta applicabilità degli articoli 81.1, 81.2 ed 82 del Trattato fosse stata chiaramente riconosciuta dalla Corte di giustizia già a partire dalla metà degli anni settanta, le Corti nazionali di alcuni Stati membri hanno stentato a riconoscere tale obbligo. In Spagna, ad esempio il *Tribunal Supremo* in due occasioni si era espresso in senso negativo rispetto alla diretta applicabilità degli articoli 81.1, 81.2 ed 82 del Trattato (si vedano le sentenze del 30 dicembre 1993 e del 4 novembre 1999). Solo nel 2000, decidendo il caso *DISA*, il *Tribunal Supremo* ha cambiato radicalmente il proprio orientamento riconoscendo la diretta applicabilità degli articoli del Trattato.

sancita dall'articolo 6 del Regolamento 1/2003 anche per il terzo paragrafo dell'articolo 81 CE), la Corte di giustizia ha potuto introdurre l'azione di risarcimento del danno subito da un operatore economico (impresa o consumatore) a seguito di un'illecita restrizione della concorrenza nel mercato unico. Come è noto, tale diritto fu riconosciuto espressamente dalla Corte di giustizia nella sentenza *Courage* (2001) e poi consolidato nella sentenza *Manfredi* (2006)¹⁷. Il diritto ad ottenere il risarcimento del danno antitrust ha, dunque, affiancato e rafforzato la sanzione della nullità prevista dal Trattato per le illecite distorsioni della concorrenza, completando il lato privatistico della reazione dell'ordinamento giuridico comunitario¹⁸. Secondo la Corte di giustizia, tale diritto risponde

¹⁷ Il diritto ad ottenere il risarcimento del danno a seguito di una violazione delle regole comunitarie di concorrenza deve essere ricondotto alla sentenza della Corte di giustizia nel caso 26/621 (*Van Gend & Loos*), che costituisce, storicamente, il predecessore dei casi *Courage* e *Manfredi*. Sul rapporto tra *public* e *private enforcement* del diritto della concorrenza si rimanda a KOMNINOS, *Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?*, Comp. Law Rev. Volume 3 Issue 1 pp. 5-26; WALLER, *Towards a Constructive Public-Private Partnership to Enforce Competition Law*, 29 W. Comp., 3 (2006); WILS, *Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?*, 26 World Competition (3), 473-488, (2003); JONES, *Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check*, 27 World Competition (1) 13-24, (2004); MONTI, *Article 81 EC and Public Policy*, Common Market Law Review, 2002, 39, 5; MCAFEE, MIALON & MIALON, *Private v. Public Antitrust Enforcement: A Strategic Analysis*, manoscritto, 2005. Per un illuminante commento alla sentenza *Courage* si rimanda a KOMNINOS, *New Prospects for Private Enforcement of EC Competition Law: Courage v. Crehan and the Community Right to Damages*, CMLR, 2002, 39, 3; mentre per un commento alla sentenza *Manfredi* si veda CARPAGNANO, *Private Enforcement of Competition Law Arrives in Italy: Analysis of the Judgment of the European Court of Justice in Joined Cases C-295-289/04 Manfredi*, The Competition Law Review, 2006, Volume 3 Issue 1, 47-72; CARPAGNANO, *Prove Tecniche di Private Enforcement*, in *Danno e resp.*, 1/2007, 34-44; AFFERNI, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust comunitario: competenza, danno risarcibile, e prescrizione*, in *Danno e resp.*, 1/2007, 26-33.

¹⁸ La nullità di cui all'art. 81, n. 2, è assoluta, pertanto l'accordo che ricada sotto questa disposizione è privo di effetti nei rapporti fra i contraenti e non può essere

all'esigenza di garantire la piena efficacia delle regole di concorrenza all'interno del sistema di *enforcement* comunitario¹⁹. In quest'ottica, le azioni di danno incardinate dinnanzi ai giudici nazionali possono contribuire *sostanzialmente* al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità²⁰.

Il caso *Manfredi* (2006), come è noto, rappresenta per il diritto comunitario il *leading case* in materia di azioni di danno antitrust non soltanto perché consolida la giurisprudenza del caso *Courage* (2001) ma anche perché filtra, alla luce del diritto comunitario, alcuni degli aspetti più controversi delle azioni private antitrust, come ad esempio la legittimazione ad agire, il nesso di causalità, il computo del termine di prescrizione delle azioni e l'obbligo del giudice nazionale di liquidare i danni punitivi²¹. Per il diritto nazionale, il caso *Manfredi* (2007) così come è stato risolto, alla luce delle indicazioni della Corte di giustizia, dal Giudice di pace di Bitonto, rappresenta, al momento, l'unico caso di applicazione

opposto ai terzi (v. sentenza 25 novembre 1971, causa 22/71, *Beguelin*, Racc. pag. 949, punto 29). Inoltre, tale nullità riguarda tutti gli effetti, passati e futuri, dell'accordo o della decisione interessati (v. sentenza 6 febbraio 1973, causa 48/72, *Brasserie de Haecht*, Racc. pag. 77, punto 26).

¹⁹ In particolare, secondo la Corte, l'effetto utile dell'articolo 81.1 del Trattato sarebbe messo in discussione "se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza", si veda sentenza *Courage*, cit. par. 26.

²⁰ Si veda caso *Courage/Bernhard Crehan*, cit., punti 26 e 27; il potere delle giurisdizioni nazionali di accordare risarcimenti è sottolineato anche nel considerando n. 7 del regolamento 1/2003.

²¹ Tali aspetti hanno animato il dibattito dottrinale a livello comunitario ed in alcuni Stati membri dove sono stati avviati processi di riforma delle regole comunitarie di concorrenza. Cfr. *Libro Verde della Commissione sulle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme comunitarie antitrust*, Bruxelles, 19 dicembre 2005 COM(2005)672; PARLAMENTO EUROPEO, *Report on the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, aprile 2007; OFT, *Discussion paper, Private actions in competition law: effective redress for consumers and business*, Aprile 2007.

dell'articolo 81 del Trattato in una azione di danno promossa da un consumatore finale. Il caso, quindi, sia che lo si guardi dal versante comunitario che da quello nazionale è di estrema attualità ed interesse. Il caso *Manfredi* appartiene al novero delle decine di domande di risarcimento proposte, in ordine sparso, dai singoli consumatori-assicurati contro le rispettive compagnie d'assicurazione-colluse che parteciparono all'ormai famoso cartello *Rca*. La vicenda, dal punto di vista giuridico, è di difficile ricostruzione soprattutto perché sulla questione si sono pronunciati, a vario titolo ed in momenti successivi nel tempo, praticamente tutti gli Organi giudiziari nazionali e come abbiamo anticipato, anche la Corte di giustizia in via pregiudiziale. I fatti, invece, sono piuttosto semplici da ricordare: nel 2000, con provvedimento n. 8546, l'Autorità Garante della Concorrenza e Mercato condannò le principali compagnie di assicurazione attive nel mercato italiano del ramo *Rca* per aver posto in essere, almeno tra il 1994 ed il 1999, un cartello illecito finalizzato a fissare il prezzo delle polizze d'assicurazione²². Poco dopo la pubblicazione della decisione, grazie anche all'enorme risonanza che la notizia ebbe nel nostro Paese, furono incardinate varie decine di azioni individuali di risarcimento del danno da parte dei consumatori-assicurati dinnanzi ai giudici nazionali individuati, in alcuni casi, sulla base della competenza per valore stabilita dal codice di procedura civile (Giudice di pace), in altri sulla base della riserva di competenza esclusiva stabilita dalla legge antitrust (Corte d'Appello)²³. Fu adito anche il Giudice di pace

²² Decisione della Autorità Garante della Concorrenza e Mercato n. 8546, del 28 luglio 2000, in *Bollettino*, n. 30/2000.

²³ Nel caso del cartello RCA, l'AGCM ha definito il mercato interessato dalla violazione delle regole di concorrenza come nazionale. Ai sensi dell'art. 33.2 della legge 287/90 il legislatore italiano ha riservato alla Corte d'Appello competente per territorio la competenza a conoscere le azioni fondate su una violazione della legge antitrust nazionale. Le azioni fondate su una violazione del diritto comunitario della concorrenza, in assenza di una esplicita previsione del legislatore, seguono le regole

di Bitonto, il quale sospese il procedimento avente ad oggetto la richiesta di risarcimento del danno patrimoniale fondata su una violazione delle regole *nazionali* di concorrenza per proporre una serie di questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia. Il Giudice di pace chiese se una pratica contraria al diritto nazionale della concorrenza (articolo 2 della legge 287/90) possa anche costituire una violazione delle regole comunitarie (articolo 81 CE)²⁴ e sottopose altre quattro questioni di carattere processuale aventi ad oggetto rispettivamente: la legittimazione attiva per far valere la nullità di una pratica vietata dal diritto comunitario della concorrenza

ordinarie in materia di riparto di competenza civile. Gran parte degli avvocati di parte attrice hanno incardinato le azioni di risarcimento del danno antitrust dinnanzi al Giudice di pace credendo erroneamente che questi fosse competente secondo i criteri per valore, in questo caso derogati dalla legge antitrust. Alcuni Giudici di pace aditi hanno eccepito il difetto di competenza ed hanno declinato la questione. Altri Giudici di pace, hanno, invece, deciso comunque; è stata poi la Corte di Cassazione ad annullare, successivamente, la loro sentenza. Per una ricostruzione dettagliata della vicenda si veda CARPAGNANO, *Private Enforcement of Competition Law Arrives in Italy*, cit. ed anche DELLI PRISCOLI, *Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto*, in *Giur. comm.*, 2006, II, 256. Doverose sono inoltre le letture di PARDOLESI, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone*, in *Foro it.*, 2004, I, 469; PALMIERI, PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, *ibid.*, 2005, I, 1015. In particolare sulla questione della configurabilità dell'azione del risarcimento del danno nell'ordinamento italiano si veda: SCODITTI, *Il consumatore e l'antitrust*, *ibid.*, 2003, I, 1127; BASTIANON, *Antitrust e tutela civilistica: anno zero*, in *Danno e resp.*, 2003, 393; CALVO, *Diritto antitrust e contratti esecutivi dell'intesa vietata (contributo allo studio dei Folgeverträge)*, in *I Contratti*, 2005, 181; CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, 469; COLANGELO, *Intese restrittive e legittimazione dei consumatori finali*, in *Dir. ind.*, 2003, 175; LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, in *Danno e resp.*, 2004, 933; NEGRI, *Risarcimento del danno da illecito antitrust e foro per la tutela del consumatore (la Cassazione non diletta i dubbi nella vicenda RC auto)*, in *Corr. giur.*, 2003, 747.

²⁴ Si tratta della prima questione nelle cause da C-295/04 a C-298/04.

e per chiedere il risarcimento dei danni subiti²⁵; la compatibilità dell'art. 33.2 della legge n. 287/1990 con il diritto comunitario²⁶ il termine di prescrizione dell'azione di risarcimento del danno²⁷; l'obbligatorietà per il Giudice nazionale di liquidare il danno punitivo²⁸.

Come si intuisce, dalla soluzione della prima questione dipende la competenza del Giudice di pace di Bitonto a conoscere l'azione di danno proposta dall'assicurato. Infatti, la vigente riserva di competenza esclusiva a favore della Corte d'appello a conoscere in primo (ed unico) grado le controversie basate sulla legge nazionale antitrust (articolo 33.2 della legge 287/90) escluderebbe nettamente la competenza del Giudice di pace²⁹. Come è noto, in assenza di una espressa previsione del legislatore nazionale, tale regola non è applicabile alle azioni di danno fondate *esclusivamente* sulla violazione del diritto comunitario (in questo caso la determinazione della competenza seguirebbe le ordinarie regole dettate dal codice di procedura civile)³⁰. In linea generale, l'individuazione dell'organo competente si regolerà ricorrendo al "principio dell'onere di allegazione"; secondo tale principio incombe all'attore l'onere di

²⁵ Si tratta della seconda questione nelle cause da C-295/04 a C-297/04 e della terza questione nella causa C-298/04.

²⁶ Si tratta della seconda questione nella causa C-298/04.

²⁷ Si tratta della terza questione nelle cause da C-295/04 a C-297/04 e della quarta questione nella causa C-298/04.

²⁸ Si tratta della quarta questione nelle cause da C-295/04 a C-297/04 e della quinta questione nella causa C-298/04.

²⁹ Per una esaustiva analisi delle problematiche connesse all'art. 33, si veda PASCUZZI, *Commento all'art. 33 l. 297/1990*, in FRIGNANI, PARDOLESI, PATRONI GRIFFI, UBERTAZZI (a cura di), *La legislazione Antitrust italiana*, Bologna, 1993; e PAGNI, *La tutela civile avverso l'illecito antitrust: la latente instabilità dell'art. 33 L. 10 ottobre 1990 n. 287*, in VETTORI (a cura di), *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, Padova, 2005, 609.

³⁰ Cfr. art. 7 c.p.c. Considerato il modesto valore (economico) della controversia, tale giudice non potrà che essere il Giudice di pace.

qualificare la controversia come rientrante nello spettro di applicazione della legislazione nazionale/comunitaria e dunque, in base a tale valutazione, sarà l'attore a decidere di incardinare la richiesta di risarcimento presso l'organo ritenuto competente. Il convenuto potrà, eventualmente, eccepire l'incompetenza dell'organo adito sulla base della dimostrazione che la violazione, ad esempio, è *esclusivamente* di rilevanza comunitaria. Per quanto riguarda le azioni fondate sul diritto nazionale della concorrenza e su quello comunitario, il principio dell'onere di allegazione continua ad essere valido. Ci si può interrogare, però, sull'estensione del margine di apprezzamento del giudice in merito all'individuazione d'ufficio della regola di concorrenza violata nella singola fattispecie. A questo proposito, la giurisprudenza comunitaria ha stabilito che "le giurisdizioni nazionali devono, [...], applicare le disposizioni di diritto comunitario della concorrenza anche nei casi in cui la parte interessata alla loro applicazione non ne ha fatto richiesta"³¹. Tuttavia, il diritto comunitario non impone alle giurisdizioni nazionali di sollevare d'ufficio un motivo basato sulla violazione di disposizioni comunitarie "qualora l'esame di tale motivo li obblighi a rinunciare al principio dispositivo, alla cui osservanza sono tenuti, esorbitando dai limiti della lite quale è stata circoscritta dalle parti e basandosi su fatti e circostanze diversi da quelli che la parte processuale che ha interesse all'applicazione di dette disposizioni ha posto a fondamento della propria domanda"³². La questione è di interesse dal momento che nel caso *Manfredi* (versante interno), il Giudice di pace di Bitonto ha risolto la controversia *esclusivamente* sulla base del diritto comunitario (violazione dell'articolo 81 del

³¹ Si veda la sentenza nelle cause riunite C-430/93 e C-431/93 *van Schijndel* [1995] ECR I-4705, 13 a 15 e 22 e *Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE*, cit., punto 3.

³² Si veda nota 31.

Trattato), mentre parte attrice aveva fondato la propria azione *esclusivamente* sul diritto nazionale della concorrenza (violazione dell'articolo 2 della legge 287/90).

Si potrebbe ritenere, ma non vi è unanimità di vedute sul punto, che, nel caso in cui l'azione civile si fondi sulla violazione delle regole di concorrenza nazionali e comunitarie, la questione dovrebbe ritornare alla cognizione esclusiva della Corte d'appello³³. Ma non vogliamo anticipare, qui, le nostre conclusioni.

Come era prevedibile, la Corte di giustizia, risolse in senso affermativo e senza tentennamenti sia la questione relativa all'idoneità di una pratica contraria alle regole nazionali di concorrenza a ledere anche il diritto comunitario, sia la questione relativa alla legittimazione attiva per far valere in giudizio la nullità di una pratica anticompetitiva e per chiedere il risarcimento del danno subito³⁴. Di conseguenza, il Giudice di pace di Bitonto, sulla base delle indicazioni ricevute dalla Corte di giustizia, si è dichiarato competente a conoscere le quattro controversie principali e ha riconosciuto la legittimazione attiva del consumatore finale sulla

³³ La Corte d'appello, in quanto giudice nazionale, dovrà applicare anche il diritto comunitario della concorrenza secondo quanto previsto dal Regolamento n. 1/2003. Secondo parte della dottrina, la competenza funzionale e la tassatività dei rimedi previsti dal comma 2 dell'articolo 33 della legge n. 287/90, "impediscono alla Corte d'Appello di conoscere le violazioni della normativa comunitaria sulla concorrenza, riservata ai tribunali nazionali, secondo le regole di competenza, anche laddove il caso ne presentasse gli estremi", si veda FATTORI, TODINO, *op. cit.*, 424 ed anche LIBERTINI, *Il Ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1998, I, pag. 677. Tale lettura sembra però in contrasto con gli articoli 3 e 6 del Regolamento 1/03.

³⁴ Sentenza cause riunite C-295-298/04, paragrafi 38 e 52. Si vedano anche le sentenze 13 febbraio 1969, causa 14/68, *Wilhelm e a.*, Racc. pag. 1, punto 3; 10 luglio 1980, cause riunite 253/78, 1/79-3/79, *Giry e Guerlain e a.*, Racc. pag. 2327, punto 15, e 9 settembre 2003, causa C-137/00, *Milk Marque e National Farmers' Union*, Racc. pag. I-7975, punto 61. Per un'analisi dettagliata delle questioni pregiudiziali si rimanda a CARPAGNANO, *Prove Tecniche*, cit., 35 e ss.

base della violazione dell'articolo 81 CE³⁵. Sembra opportuno, ai fini di questo breve intervento, limitarsi a confrontare le soluzioni prospettate dalla Corte di giustizia con quelle concretamente adottate dal Giudice di pace, rispetto alle modalità procedurali di esercizio del diritto al risarcimento del danno ed in particolare relativamente al termine di prescrizione dell'azione ed alla quantificazione del danno. Leggeremo, inoltre, tali soluzioni alla luce delle recenti indicazioni fornite dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 2305/07, avente ad oggetto un'azione di danno antitrust fondata *esclusivamente* sul diritto nazionale della concorrenza³⁶.

³⁵ Cfr. sentenze del Giudice di pace di Bitonto di data 21 maggio 2007, cit. Si consideri che la Corte di Cassazione ha riconosciuto per la prima volta solo nel 2005 la legittimazione attiva ex articolo 33.2 legge n. 287/90 ai consumatori finali, tale orientamento è stato confermato nella sentenza in commento. Il nuovo orientamento della Cassazione, però, imponendo l'alea, i costi e le difficoltà connesse ad un giudizio di primo ed unico grado dinanzi alla Corte d'Appello costringe chi ha subito un danno patrimoniale di modesta entità (di solito le piccole imprese ed i consumatori finali) ad un percorso rimediale obiettivamente troppo arduo.

³⁶ La Suprema Corte, per la terza volta nel giro di cinque anni, si è pronunciata lo scorso febbraio sulla legittimità di una sentenza d'appello relativa ad un'azione di danno promossa da un assicurato contro una compagnia di assicurazione nell'ambito del famoso e, probabilmente *inesistente*, cartello *Rca*. Cfr. sentenza della Corte di Cassazione di data 02.02.2007 n. 2305/07, Il testo della sentenza è disponibile in *Foro It.*, 2007, I, 1097-1106, con commento di PARDOLESI, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità?)*; e di BASTIANON, *Tutela risarcitoria antitrust, nesso causale e danni lungolatenti*, in *Corriere Giuridico*, n. 5/2007, 648-653; AFFERNI, in *Danno e resp.*, n. 7/07, in corso di pubblicazione e CARPAGNANO, *Una pietra sopra. Commento alla sentenza della Corte di Cassazione n. 2305/07 in tema di private enforcement*, in *Danno e resp.*, n. 7/07, in corso di pubblicazione. Si veda anche la sentenza della Corte di Cassazione 09.12.2002 n. 17475 (caso *Axa*) in *Foro it.*, 2003, I, 1121 con nota di PALMIERI e PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*; Sentenza della Corte di Cassazione, 04.02.2005, n. 2207 (caso *Unipol*) in *Foro it.*, 2005, I, 1014, con note di PALMIERI, PARDOLESI, SCODITTI; da ultimo sentenza della Corte di Cassazione 02.02.2007 n. 2305/07, cit. Parte della dottrina, tra cui Fattori, ritiene che lo scambio di informazioni commerciali sensibili tra le compagnie di assicurazione – accertato dall'Autorità con Decisione n. 8546 – non possa essere considerato un cartello

Come abbiamo anticipato, il Giudice di pace di Bitonto aveva chiesto alla Corte di giustizia se l'art. 81 CE osti ad una norma nazionale che stabilisca la decorrenza del termine di prescrizione dell'azione di danno dal giorno in cui la pratica anticompetitiva è stata posta in essere³⁷. Il termine di prescrizione dell'azione, scandendo l'accesso alle corti in base allo scorrere del tempo, è uno degli elementi processuali che, difatti, più pesantemente incide sull'effettività dell'applicazione, tra privati, delle regole di concorrenza. Anche su questo aspetto, l'assenza di una disciplina comunitaria uniforme implica l'esistenza di una pericolosa varietà di soluzioni negli Ordinamenti giuridici degli Stati membri³⁸. In linea di principio, un termine di prescrizione troppo breve potrebbe seriamente compromettere l'effettività dell'intero sistema di *private enforcement* comunitario frustrando, allo stesso tempo, le esigenze di tutela dei danneggiati. Al contrario, un termine di prescrizione eccessivamente lungo lascerebbe il danneggiante ingiustamente sovraesposto all'azione giudiziale altrui, il che appare, obiettivamente, in contrasto con la finalità stessa dell'istituto della prescrizione. Il termine di prescrizione rileva, inoltre, anche ai fini di un'efficace interazione tra *public* e *private enforcement* ed in particolare per l'effettiva proposizione delle azioni *follow-on* in giudizio³⁹. Un termine di prescrizione breve potrebbe, in questo caso,

illecito. Le conclusioni della Cassazione, pur riferendosi ad un caso antitrust nazionale, sono di estremo interesse ai fini di questo intervento.

³⁷ Si tratta della terza questione nelle cause da C-295/04 a C-297/04 e sulla quarta questione nella causa C-298/04.

³⁸ È interessante notare la grande varietà di soluzioni vigenti nei Paesi dell'Unione in merito alla disciplina del termine di prescrizione delle azioni di danno; per una analisi di dettaglio si rimanda al citato studio comparato *Ashrust*.

³⁹ Da questo punto di vista, un termine di prescrizione breve potrebbe compromettere la proposizione di azioni di danno fondate su una decisione di condanna dell'Autorità soprattutto quando essa abbia impiegato molto tempo per adottare la decisione definitiva. A causa, ad esempio, delle difficoltà incontrate dall'Autorità in sede istruttoria o della naturale scansione delle singole fasi che

portare alla situazione paradossale per cui, una volta che la competente Autorità amministrativa abbia pubblicato la decisione di condanna dell'operatore colluso, l'azione del danneggiato potrebbe essere già preclusa a causa, proprio, dello spirare del termine di prescrizione⁴⁰. Al contrario, un termine di prescrizione lungo favorirebbe la proposizione delle azioni *follow-on* e dunque, in linea di principio, assicurerebbe una maggiore effettività dell'applicazione delle regole antitrust nel loro complesso⁴¹. Sulla base di queste considerazioni, la Corte di giustizia ha stabilito, risolvendo la questione pregiudiziale, che spetta al giudice nazionale verificare se la norma nazionale in materia di prescrizione renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno subito⁴².

Nell'ordinamento giuridico italiano, come è noto, il termine di prescrizione per un'ordinaria azione di danno extracontrattuale è fissato in cinque anni a partire dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere (articolo 2935 c.c.). Si tratta di stabilire, nel caso concreto, se tale termine possa essere ritenuto compatibile con lo

compongono, in ciascun ordinamento giuridico, il procedimento amministrativo. In altri casi, invece, anche la mera inerzia dell'Autorità comprometterebbe l'esperibilità delle azioni di danno.

⁴⁰ Cfr. documento di lavoro dei servizi della Commissione annesso Libro Verde sulle azioni di danno, *Working Paper* SEC(2005)1732, pag. 74.

⁴¹ Come è noto, le azioni *follow-on* sono astrattamente più vantaggiose per i privati dal momento che alleggeriscono il carico probatorio gravante sull'attore. Questi, in linea di principio, per dimostrare l'esistenza della condotta anticompetitiva potrà limitarsi a richiamare ed allegare nel proprio atto di citazione la decisione di condanna dell'Autorità competente. Diverse sono le azioni *stand alone* le quali sono proposte in giudizio in mancanza di una decisione di condanna della Autorità competente. In questo tipo di azioni, la parte che allega la violazione del diritto della concorrenza a fondamento della propria domanda dovrà dimostrare in giudizio con le sue sole forze probatorie l'esistenza della condotta anticompetitiva.

⁴² Sentenza cause riunite C-295-298/04, paragrafi 80-82. Per un commento alla sentenza *Manfredi* si rimanda a CARPAGNANO, *Prove tecniche*, cit.

standard comunitario. Il Giudice di pace di Bitonto, nel risolvere la questione principale, ha ritenuto che “le domande di parte attrice sono da considerarsi poste più che tempestivamente”⁴³. Tale soluzione, più che sulla base delle indicazioni fornite dalla Corte di giustizia, si fonda sulla natura extracontrattuale dell’azione antitrust il cui termine di prescrizione quinquennale “decorre dal giorno in cui la pratica anticoncorrenziale è cessata”⁴⁴. Sul termine di prescrizione dell’azione (nazionale) antitrust è intervenuta recentemente la Corte di Cassazione; la quale ha affermato che lo scarto temporale che intercorre tra il momento dell’inflizione del danno ad opera del danneggiante (la stipula del contratto di assicurazione Rca) ed il momento della sua reale percezione da parte del danneggiato, fa rientrare il danno antitrust nella categoria dei danni lungolatenti⁴⁵. L’interpretazione della Cassazione, applicabile anche ai casi antitrust comunitari, sembra favorire il danneggiato e appare in linea con lo standard comunitario dal momento che l’inerzia del danneggiato diventa rilevante ai fini del termine di prescrizione solo quando “il complesso di informazioni che compone il quadro cognitivo del soggetto leso raggiunge un livello di completezza tale da essere ritenuto sufficiente a consentirgli di esercitare il diritto risarcitorio”⁴⁶. Secondo la Corte di Cassazione, l’individuazione del momento in cui il danneggiato abbia adeguatamente maturato la cognizione della illiceità di una condotta/pratica anticompetitiva non può stabilirsi in maniera obiettiva (non potendo coincidere con il momento della pubblicazione del provvedimento dell’Autorità che abbia accertato la violazione nello specifico caso, visto che non è un presupposto

⁴³ Cfr. Sentenza del Giudice di pace di Bitonto del 21 maggio 2007, cit.

⁴⁴ Cfr. Sentenza del Giudice di pace di Bitonto del 21 maggio 2007, cit.

⁴⁵ Cfr. Sentenza della Cassazione, Terza Sezione, n. 2305, cit., pag. 36. Cfr. *Report on the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, cit., punti 22-23 pagina 8.

⁴⁶ Cfr. Sentenza della Cassazione, Terza Sezione, n. 2305, cit., pag. 40.

necessario dell'azione) ma deve essere accertato dal giudice di merito nel *singolo caso*. Si apre, così, un fronte molto vasto al contenzioso antitrust coperto solo in parte dalla fragile regola secondo cui, colui che eccepisce l'avvenuta prescrizione, può "provare l'avvento dell'oggettiva possibilità, per una persona di normale diligenza, di conoscere adeguatamente tutti gli elementi che la pongano in condizione di smettere la sua inerzia" e di esercitare il diritto al risarcimento⁴⁷.

Veniamo all'ultima questione procedurale sottoposta alla Corte di giustizia dal Giudice di pace di Bitonto; il giudice del rinvio chiese se l'art. 81 CE debba essere interpretato nel senso che impone ai giudici nazionali l'obbligo di liquidare il danno punitivo⁴⁸. Pur insistendo su un aspetto specifico, la domanda intercetta una vera e propria *key difficulty* del *private enforcement* del diritto comunitario della concorrenza. Infatti, tanto la quantificazione del danno che la sua liquidazione in giudizio costituiscono due degli aspetti più problematici delle azioni private, a causa non solo delle possibili definizioni di risarcimento (a seconda che siano basate sul concetto di riparazione del danno o di restituzione di un profitto illecito) ma anche delle concrete modalità di quantificazione dello stesso. Nella maggior parte dei casi antitrust, infatti, entrambi gli aspetti incidono sensibilmente sulla scelta opportunistica del danneggiato di adire le vie giudiziali per ottenere giustizia e condizionano, quindi, direttamente l'effettività del sistema di applicazione privata delle regole comunitarie di concorrenza⁴⁹. Da un punto di vista di politica

⁴⁷ Cfr. Sentenza della Cassazione, Terza Sezione, n. 2305, cit., pag. 43.

⁴⁸ Si tratta della quarta questione nelle cause da C-295/04 a C-297/04 e quinta questione nella causa C-298/04.

⁴⁹ Ci sono, ovviamente, anche altri fattori che determinano la scelta di un potenziale attore danneggiato da una condotta anticompetitiva ad adire le vie giudiziali per ottenere il risarcimento della perdita subita. Alcuni di questi fattori hanno carattere meramente soggettivo (come ad es. l'appagamento "immateriale" – spesso perseguito "ad ogni costo" – nel sentire condannare l'operatore economico

del diritto, gli incentivi a portare in giudizio un danno antitrust, sono di fondamentale importanza soprattutto quando i potenziali attori sono piccole imprese o consumatori finali. In questi casi, il risarcimento del danno, se inteso come una mera compensazione per una perdita subita, non sarebbe idoneo di per sé, ad incentivare la proposizione delle azioni in giudizio. Ad esempio, nel caso del cartello *Rca*, è stato stimato che il sovrapprezzo pagato indebitamente da ciascun assicurato alla propria compagnia di assicurazione collusa è stato (per ogni anno di cartello) un venti per cento maggiore del prezzo concorrenziale. Tale cifra, senza calcolare gli interessi di mora, non raggiunge nella maggior parte dei casi i cento euro. A fronte della modesta entità di un simile danno patrimoniale ci si può legittimamente interrogare sull'opportunità, ovviamente in termini economici, di proporre l'azione in giudizio e di sopportare gli elevati costi dell'assistenza legale oltre l'inevitabile rischio processuale rispetto all'esito del giudizio, aggravato, come è noto, dalla regola della soccombenza⁵⁰. Le imprese colluse, invece, distribuendo un piccolo sovrapprezzo illecito su tutto il loro portafoglio clienti ricavano normalmente da tale tipo di collusione un notevolissimo vantaggio economico⁵¹. L'iniziativa processuale

colluso) e non rilevano in questa sede. Altri sono di carattere obiettivo ed attengono ad esempio alla durata stimata del processo o al costo dell'assistenza legale in giudizio. Sul punto si veda WILS, *Optimal Antitrust fines: Theory and Practice*, cit., 197.

⁵⁰ Secondo tale regola, in linea generale, le spese giudiziali, anche quelle di controparte, sono poste a carico della parte soccombente. In alcuni casi, il giudice può disporre la compensazione delle spese tra le parti.

⁵¹ Infatti, l'effetto netto determinato dalla mancanza di una regolamentazione strutturale uniforme in merito alla quantificazione del danno e di efficaci strumenti di aggregazione processuale (almeno nella maggior parte degli Stati membri) altro non è che un forte incentivo alla collusione, sancito dalla scarsissima incidenza delle singole azioni private sugli illeciti profitti dei collusi. Si noti che l'effetto deterrente delle azioni private è, ovviamente, indipendente dall'entità della (eventuale) sanzione pecuniaria inflitta all'impresa collusa dall'Autorità amministrativa

privata potrebbe essere, da questo punto di vista, incentivata attraverso, ad esempio, l'introduzione di criteri di quantificazione del danno che vadano al di là della mera compensazione della perdita del danneggiato e che attacchino direttamente il beneficio illecito (ed ingiusto) ottenuto dall'operatore colluso attraverso la condotta anticompetitiva⁵².

La questione sottoposta dal Giudice del rinvio verte proprio sulla possibilità da parte del giudice nazionale di liquidare i danni punitivi. La Corte di giustizia ha risolto anche questa questione alla luce dei principi di equivalenza e di effettività, stabilendo che ciascuno Stato membro ha il compito di fissare i criteri per la liquidazione del danno, purché tali criteri non risultino meno favorevoli di quelli applicati ad analoghe pretese fondate sul diritto interno e, il risarcimento del danno non venga reso impossibile o estremamente difficile⁵³. Proprio su questo punto, la Corte di giustizia ha precisato che i danneggiati da un illecito anticompetitivo devono poter chiedere in giudizio, comunque, il risarcimento non solo del danno reale subito (*damnum emergens*), ma anche del mancato guadagno (*lucrum cessans*) oltre al pagamento degli

competente. La sanzione amministrativa costituisce, infatti, oltre che una sanzione dell'illecito anche un deterrente alla violazione delle regole antitrust da parte delle imprese.

⁵² Cfr. *Working Paper*, cit., paragrafi 114-124. In alcuni Stati membri, al di là del mero effetto deterrente derivante della compensazione, il convenuto colluso è punito anche attraverso il riconoscimento alla vittima dei danni punitivi, come avviene a Cipro, o di danni esemplari come accade in Irlanda e nel Regno Unito ed a Cipro. Si tenga presente, però, che nonostante la previsione legislativa, la liquidazione dei danni esemplari è raramente concessa in giudizio in ognuno dei paesi citati. Cfr. *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, cit., pag. 87. Si veda anche RODGER, *Private Enforcement and the Enterprise Act: An Exemplary System of Awarding damages*, [2003] ECLR 103.

⁵³ Sentenza cause riunite C-295-298/04, par. 84. Si veda in tal senso anche sentenza 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame*, Racc. pag. I-1029, punti 89 e 90.

interessi⁵⁴. Inoltre, un'interessante precisazione viene collocata dalla Corte a chiusura della soluzione della questione: il diritto comunitario "non osta a che i giudici nazionali vigilino affinché la tutela dei diritti garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario non comporti un arricchimento senza giusta causa degli aventi diritto"⁵⁵. Il che, come avevamo sottolineato in un commento alla sentenza *Manfredi*, appare una notazione politica, una sorta di incoraggiamento alla Commissione a portare avanti la proposta timidamente inserita nel Libro Verde relativa alla possibilità di prevedere, in caso di violazioni delle norme sui cartelli orizzontali la possibilità di "raddoppiare il risarcimento del danno in maniera automatica o condizionata a discrezione del tribunale"⁵⁶.

Come è noto, nel nostro ordinamento giuridico, così come nella maggior parte degli Stati membri, il risarcimento dei danni assolve la funzione di riparazione del pregiudizio causato dal comportamento anticoncorrenziale vietato e non procura, di regola, al danneggiato alcun vantaggio economico. Di conseguenza, in Italia, l'istituto del danno punitivo oltre a non essere previsto dal legislatore è persino estraneo alla finalità dell'istituto del risarcimento del danno in quanto tale. Tale istituto è, infatti, concepito come uno strumento di ristoro del pregiudizio subito (oltre che provato in giudizio) dal danneggiato, senza che possano in alcun modo venire in rilievo funzioni sanzionatorie o repressive, che sono oggetto di riserva di

⁵⁴ Sentenza cause riunite C-295-298/04, par. 95. Per quanto riguarda il pagamento di interessi, la Corte ha ricordato al punto 31 della sentenza 2 agosto 1993, causa C-271/91, *Marshall* (Racc. pag. I-4367), che la loro corresponsione, ai sensi delle pertinenti norme nazionali, costituisce una componente essenziale di un indennizzo.

⁵⁵ Sentenza cause riunite C-295-298/04, par. 94. Si vedano in particolare le sentenze 4 ottobre 1979, causa 238/78, *Ireks-Arkady/Consiglio e Commissione*, Racc. pag. 2955, punto 14; 21 settembre 2000, cause riunite C-441/98 e C-442/98, *Michailidis*, Racc. pag. I-7145, punto 31, e *Courage e Crehan*, cit., punto 30.

⁵⁶ Cfr. Libro Verde, cit., par. 2.3.

legge⁵⁷. Del resto, secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia, per garantire l'effetto utile dell'art. 81.1 CE non è necessario accordare un risarcimento danni superiore al pregiudizio subito dalla vittima⁵⁸. A tale riguardo, il giudice comunitario, ha stabilito che, in ossequio al principio di equivalenza, la liquidazione del danno punitivo deve poter essere riconosciuta, nell'ambito di azioni fondate sulle regole comunitarie di concorrenza, solo qualora detto rimedio possa essere esperibile nell'ambito di azioni analoghe fondate sul diritto interno⁵⁹.

Il Giudice di pace di Bitonto, al momento di liquidare il danno patrimoniale alla vittima dell'illecito antitrust è ricorso alla formula – usatissima nelle pronunce di danno nei casi *Rca* – in virtù della quale, “l'intesa anticoncorrenziale ha consentito ai partecipi [...] di praticare un aumento medio dei premi pari al 20% annuo”⁶⁰. L'identificazione del danno patrimoniale nel venti per cento del costo totale del premio versato, è un *leitmotiv* nelle sentenze dei giudici nazionali che si sono pronunciati a favore del consumatore finale in una azione civile riconducibile al caso *Rca*. L'origine di tale quantificazione percentuale risiede nel Provvedimento di condanna dell'AGCM. Anche la Corte di Cassazione ha aderito a questa linea interpretativa, identificando il danno patrimoniale nel maggior esborso a carico della vittima dell'illecito antitrust e qualificandolo come una “perdita di chance”, come “la perdita della possibilità di ottenere migliori condizioni di polizza, che sarebbero state disponibili nel mercato se la concorrenza non fosse stata illecitamente falsata o eliminata”⁶¹.

⁵⁷ Si veda sentenza cause riunite C-295-298/04, par. 85.

⁵⁸ Si vedano le Conclusioni Avvocato Generale, nelle cause riunite C-295-298/04, paragrafi 64-70.

⁵⁹ Sentenza cause riunite C-295-298/04, par. 93.

⁶⁰ Cfr. Sentenza del Giudice di pace di Bitonto del 21 maggio 2007, cit.

⁶¹ Cfr. Sentenza della Cassazione, Terza Sezione, n. 2305, cit.

Il Giudice di pace di Bitonto, però, si è spinto oltre e, facendo perno sulla notazione della Corte di giustizia in merito all'estraneità rispetto al diritto comunitario dell'arricchimento senza giusta causa dei danneggiati antitrust, ha stabilito, secondo equità, che "alla parte attrice deve essere riconosciuta, a titolo di risarcimento danni, una somma di denaro tale da avere anche l'effetto deterrente nei confronti della parte convenuta e di terzi dal porre in essere altre intese o pratiche concordate come quella sanzionata dall'AGCM"⁶². Secondo il Giudice di pace, "se il risarcimento dei danni fosse ancorato ai canoni generali [...] il principio di effettività del diritto comunitario ne risulterebbe gravemente compromesso, in quanto l'autore dell'illecito, con altissimo grado di probabilità, continuerebbe comunque a trarne profitto"⁶³. Sulla base di tali considerazioni "il danno da liquidarsi deve essere di entità tale da render certo l'annullamento di qualsiasi vantaggio economico tratto da una pratica [...] vietata dall'articolo 81 CE"⁶⁴. Il Giudice di pace ha quindi liquidato, nei quattro casi incardinati dinnanzi a lui, "un danno nella misura del doppio rispetto all'ammontare dei premi esatti dalla convenuta in esecuzione dell'intesa anticoncorrenziale"⁶⁵.

È inutile dire che tale soluzione è decisamente innovativa per il nostro ordinamento giuridico. La Corte di Cassazione rispetto al *quantum* del danno antitrust ha riconosciuto, anche recentemente, che di fronte all'impossibilità "o comunque [al]l'elevata difficoltà della determinazione del danno nel suo preciso ammontare" il giudice può procedere "sicuramente" alla liquidazione equitativa ex articolo 1226 del Codice civile⁶⁶. Ma la Corte non ha mai fatto

⁶² Cfr. Sentenza del Giudice di pace di Bitonto del 21 maggio 2007, cit.

⁶³ Cfr. Sentenza del Giudice di pace di Bitonto del 21 maggio 2007, cit.

⁶⁴ Cfr. Sentenza del Giudice di pace di Bitonto del 21 maggio 2007, cit.

⁶⁵ Cfr. Sentenza del Giudice di pace di Bitonto del 21 maggio 2007, cit.

⁶⁶ Cfr. Sentenza della Cassazione, Terza Sezione, n. 2305, cit., pag. 29.

riferimento alla possibilità di risarcire il danno in modo esorbitante rispetto alla sua intima funzione compensativa. Nel caso *Rca*, il danno patrimoniale, afferma la Corte di Cassazione, è la differenza tra il prezzo effettivamente pagato (segretamente ed illecitamente concordato tra i collusi) e quello concorrenziale. Premesso che anche la Corte di Cassazione è consapevole che il “prezzo giusto” di mercato è assai difficile se non impossibile da stabilire con precisione, il danno antitrust, secondo la Corte, si presta ad essere determinato in forma equitativa e quindi “correttamente il giudice [*la Corte d'Appello di Napoli*] lo ha liquidato sottoforma di percentuale del premio effettivamente pagato”⁶⁷.

Come si vede, le soluzioni del Giudice di pace e della Corte di Cassazione non possono essere più distanti l'una dall'altra in merito alla quantificazione del danno sofferto dal consumatore-assicurato. Nonostante entrambe si richiamino all'*equità*, la Corte di Cassazione non è disposta a riconoscere un centesimo di euro in più al danneggiato tanto è vero che, a suo dire, l'unica pecca della Corte d'Appello di Napoli nella quantificazione del danno sta nell'aver calcolato il venti per cento “sul premio lordo, ossia comprensivo di imposte ed oneri vari [...] mentre avrebbe dovuto essere calcolata sul premio netto [...]”⁶⁸. La Corte d'appello di Napoli, lo ricordiamo, aveva liquidato il danno al consumatore-assicurato in una somma pari ad € 19,68 (euro diciannove e sessantotto centesimi); tale importo andrà adesso ricalcolato, secondo le prescrizioni della Cassazione, in base ai valori netti effettivamente incassati dalla compagnia di assicurazione. Il Giudice di pace di Bitonto, al contrario, si è dimostrato molto più generoso, raddoppiando il danno patrimoniale subito dal signor Manfredi, quantificato in € 889,10 (euro ottocentoottantanove e dieci centesimi).

⁶⁷ Cfr. Sentenza della Cassazione, Terza Sezione, n. 2305, cit., pag. 29.

⁶⁸ Sentenza della Cassazione, Terza Sezione, n. 2305, cit.

3. *Una conclusione breve*

Tra la sentenza della Corte di Cassazione del febbraio 2007 e quella del Giudice di pace di Bitonto del maggio 2007, non vi è solo uno scarto temporale ridotto. C'è una diversa concezione dell'azione di danno antitrust, oltre ad una lineare (e vincolante) sentenza pregiudiziale della Corte di giustizia. Non v'è dubbio che, nel nostro ordinamento, il risarcimento del danno antitrust debba avere una funzione compensativa e che la sua liquidazione deve essere retta, come affermato anche dalla Corte di giustizia, almeno dal *damnum emergens*, dal *lucrum cessans* e dagli interessi maturati. È anche vero però, altro aspetto tenuto in grande considerazione dalla stessa Corte, che si deve evitare di tollerare, nelle strette regole del risarcimento del danno, l'arricchimento ingiusto del danneggiante ed i lauti proventi che la collusione genera disseminando piccoli e piccolissimi danni patrimoniali su una vastissima e disaggregata platea di danneggiati⁶⁹. Aspetto, quest'ultimo, che non è stato tenuto in considerazione dalla Corte di Cassazione e sul quale ha, invece, puntato tutto il Giudice di pace. È vero anche che il sistema di *enforcement* delle regole di concorrenza vive in Italia un'ennesima contraddizione: in assenza di una legislazione nazionale che dia al sistema una coerenza strutturale, l'applicazione delle regole antitrust nazionali e comunitarie (soprattutto da parte delle piccole imprese e dei consumatori) è ancora troppo poco incentivata. Basti pensare che, con la nuova interpretazione *estensiva* data all'articolo 33.2 della legge 287/90 da parte della Corte di Cassazione, i consumatori e le piccole imprese devono convenire in primo (ed unico) grado dinnanzi alla Corte d'Appello i collusi (che per definizione sono

⁶⁹ Sulla base di queste considerazioni di politica del diritto può trovare spazio una previsione di danno in *duplum* così come proposta dalla Commissione europea nel *Green Paper*, cit. Cfr. PARLAMENTO EUROPEO, *Report on the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, cit., punto 15 pagina 7.

operatori con grande potere nel mercato) per chiedere (e forse non ottenere) pochi euro a titolo di risarcimento del danno.

Inoltre, restano ancora senza una disciplina specifica nel nostro ordinamento antitrust molte delle questioni sostanziali e procedurali generalmente ritenute fondamentali per assicurare una maggiore effettività delle regole di concorrenza e che attualmente sono oggetto di dibattito in Europa ed in alcuni Stati membri, evidentemente più sensibili alle tematiche antitrust. Si pensi, ad esempio, al problema della capacità effettiva dei tribunali nazionali di tutelare e proteggere le informazioni confidenziali contenute nella documentazione prodotta dalle parti o acquisita in giudizio (anche indirettamente attraverso l'attività di indagine dell'Autorità); alla inutilizzabilità in sede civile (almeno senza il consenso dell'operatore interessato) della documentazione acquisita dall'Autorità attraverso il programma di clemenza; al delicato riequilibrio dell'accesso alle prove (soprattutto nei casi *stand alone*)⁷⁰, all'introduzione di strumenti di aggregazione processuale (*class action o representative action*)⁷¹ e di adeguati incentivi finalizzati ad incoraggiare il ricorso a transazioni extragiudiziali (magari attraverso l'istituzione di un *Competition Ombudsman*)⁷².

⁷⁰ Come è stato indicato dalla Commissione nel *Green Paper*, cit., “information asymmetry exists when one party (usually the defendant) has in its control or has access to more evidence relating to a given claim than the (potential) claimant”. Questi aspetti sono stati studiati da SANCHEZ GRAELLS, *Discovery, confidentiality and disclosure of evidence under the private enforcement of EU antitrust rules* (2006), disponibile all'indirizzo web: <http://www.kernbureau.uva.nl/acle/object.cfm/objectID=31F1A5DADB844448BDD36D5758666FDC/download=true/alsoz.pdf>.

⁷¹ È importante tenere a mente la distinzione che corre tra *representative actions* e *class actions*. Si noti, ad esempio, che in una *representative action* l'ente rappresentante non è portatore di un interesse economico nella specifica controversia; egli agisce in nome di un *quasi public interest*.

⁷² Nel Regno Unito lo strumento delle *representative follow-on actions* è previsto per i consumatori (ma non per le imprese) presso il CAT dalla section 47B del Competition Act del 1998.

Sarebbe opportuno inoltre ricalibrare il valore probatorio nel giudizio civile (e gli eventuali limiti alla revisione giudiziale) della decisione dell'Autorità garante nazionale e di quella di uno degli Stati membri che si sia pronunciata con un provvedimento definitivo sulla medesima fattispecie sostanziale oggetto di contenzioso civile⁷³. Su alcuni di questi aspetti, come la legittimazione attiva dell'*indirect purchaser*, si dibatte attualmente anche negli Stati Uniti d'America dove è in corso un ampio processo di riforma delle regole antitrust (*Antitrust Modernization Process*)⁷⁴.

C'è ancora molto da fare per rendere effettiva l'applicazione delle regole di concorrenza in Italia ed in Europa! Per il momento non ci resta che accogliere (anche criticamente) nel nostro ordinamento le prime quattro sentenze di una giurisdizione italiana

⁷³ Su questo aspetto la legislazione tedesca appare al momento il fronte più avanzato a livello comunitario. La recente riforma del *GWB* ha introdotto una previsione che riconosce la pregiudizialità di una decisione amministrativa definitiva non solo dell'Autorità nazionale di concorrenza ma di ogni altra Autorità di uno degli Stati Membri. Tale soluzione è guardata con favore a livello comunitario, cfr. PARLAMENTO EUROPEO, *Report*, cit., punto 7 pagina 6 e OFT, *Discussion paper, Private actions in competition law: effective redress for consumers and business*, aprile 2007. Per una visione critica della riforma del diritto di concorrenza in Germania si rimanda al lavoro di MIEGE, *Modernisation and Enforcement Pluralism – The Role of Private Enforcement of Competition Law in the EU and the German Attempts in the 7th Amendment of the GWB*, Amsterdam Centre for Law & Economics (ACLE), 2005.

⁷⁴ Come è noto, negli Stati Uniti d'America si sono levate negli ultimi tempi pesanti critiche contro la regola creata dalla *Supreme Court* nel caso *Illinois Brick Co v Illinois*, 431 US 720 (1977) secondo la quale sono inammissibili le azioni civili antitrust promosse in giudizio dall'*indirect purchaser*. In gran parte degli Stati Nord Americani tale regola è stata disapplicata a livello statale dove viene garantita la legittimazione attiva agli acquirenti indiretti. In gran parte di questi Stati, la stessa sorte è toccata anche alla regola stabilita dalla *Supreme Court* nel caso *Hanover Shoe v United Shoe Mach*, 392 US 481 (1968), secondo la quale la *passing-on defence* deve essere esclusa. Per un'analisi dettagliata del processo di modernizzazione del diritto antitrust nordamericano si rimanda ai lavori della *Antitrust Modernization Commission* disponibili all'indirizzo web: www.amc.gov/report_recommendation/toc.htm.

che ha riconosciuto il danno antitrust ad un consumatore finale sulla base dell'articolo 81 del Trattato. Bisognerà trasmettere il testo delle sentenze alla Commissione europea *senza indugio* (secondo quanto previsto dall'articolo 15.2 del Regolamento n. 1/03), in modo da riempire, finalmente, la casella con la bandierina dell'Italia nel *data base* della Commissione europea che raccoglie le sentenze nazionali relative all'applicazione degli articoli 81 ed 82 che, ancora adesso, da troppo tempo, è vuota⁷⁵.

⁷⁵ Assieme all'Italia anche la Repubblica ceca, la Grecia, l'Irlanda, Cipro, l'Estonia, la Lettonia, la Lituania, il Lussemburgo, l'Ungheria, Malta, la Polonia, la Slovenia, la Slovacchia e la Finlandia non hanno ancora comunicato alla Commissione una sentenza delle Giurisdizioni nazionali che hanno applicato gli articoli 81 ed 82 in una azione di danno. Cfr. Commissione europea, Relazione annuale 2005, parte III. Il database è disponibile alla pagina web: http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/national_courts/index_en.html.

GLI AUTORI

Prof. Gian Antonio Benacchio, Università degli Studi di Trento

Dott. Michele Carpagnano, Università degli Studi di Trento

Prof. Aldo Frignani, Università degli Studi di Torino

Dott. Simone Gambuto, Università degli Studi di Torino

Dott.ssa Anna Mantovani, Responsabile della Formazione decentrata
dei Giudici, Corte d'Appello di Trento-Bolzano

Prof. Roberto Pardolesi, LUISS Guido Carli di Roma

Dott.ssa Gabriella Romano, Autorità Garante della Concorrenza e del
Mercato, Roma

Dott. Massimo Scuffi, Corte Suprema di Cassazione, Roma

1. *Legal Scholarship in Africa* - MARCO GUADAGNI (1989)
2. *L'insegnamento della religione nel Trentino-Alto Adige* - ERMINIA CAMASSA AUREA (1990)
3. *Il nuovo processo penale. Seminari* - MARTA BARGIS (1990)
4. *Proprietà-garanzia e contratto. Formule e regole nel leasing finanziario* - MAURO BUSSANI (1992)
5. *Fonti e modelli nel diritto dell'Europa orientale* - GIANMARIA AJANI (1993)
6. *Il giudizio di "congruità" del rapporto di cambio nella fusione* - LUIGI ARTURO BIANCHI (1993)
7. *Interessi pubblici e situazioni soggettive nella disciplina della concorrenza del mercato* - FRANCO PELLIZZER (1993)
8. *La legge controllata. Contributo allo studio del procedimento di controllo preventivo delle leggi regionali* - EMANUELE ROSSI (1993)
9. *L'oggetto del giudizio sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato. Fonti normative. Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale* - DAMIANO FLORENZANO (1994)
10. *Dall'organizzazione allo sviluppo* - SILVIO GOGLIO (1994)
11. *Diritto alla riservatezza e trattamenti sanitari obbligatori: un'indagine comparata* - CARLO CASONATO (1995)
12. *Lezioni di diritto del lavoro tedesco* - ULRICH ZACHERT (1995)
13. *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese* - MICHELE GRAZIADEI (1995)
14. *La struttura istituzionale del nuovo diritto comune europeo: competizione e circolazione dei modelli giuridici* - LUISA ANTONIOLLI DEFLORIAN (1996)
15. *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata* - BARBARA MARCHETTI (1996)

16. *Le pari opportunità nella rappresentanza politica e nell'accesso al lavoro. I sistemi di "quote" al vaglio di legittimità* - (a cura di) STEFANIA SCARPONI (1997)
17. *I requisiti delle società abilitate alla revisione legale* - EMANUELE CUSA (1997)
18. *Germania ed Austria: modelli federali e bicamerali a confronto* - FRANCESCO PALERMO (1997)
19. *Minoranze etniche e rappresentanza politica: i modelli statunitense e canadese* - CARLO CASONATO (1998)
20. *Scritti inediti di procedura penale* - NOVELLA GALANTINI e FRANCESCA RUGGIERI (1998)
21. *Il dovere di informazione. Saggio di diritto comparato* - ALBERTO M. MUSY (1999)
22. *L'Anti-Rousseau di Filippo Maria Renazzi (1745-1808)* - BEATRICE MASCHIETTO (1999)
23. *Rethinking Water Law. The Italian Case for a Water Code* - NICOLA LUGARESI (2000)
24. *Making European Law. Essays on the 'Common Core' Project* - MAURO BUSSANI e UGO MATTEI (2000)
25. *Considerazioni in tema di tutela cautelare in materia tributaria* - ALESSANDRA MAGLIARO (2000)
26. *Rudolf B. Schlesinger – Memories* - UGO MATTEI e ANDREA PRADI (2000)
27. *Ordinamento processuale amministrativo tedesco (VwGO) – Versione italiana con testo a fronte* - GIANDOMENICO FALCON e CRISTINA FRAENKEL (cur.) (2000)
28. *La responsabilità civile. Percorsi giurisprudenziali (Opera ipertestuale. Libro + Cd-Rom)* - GIOVANNI PASCUZZI (2001)
29. *La tutela dell'interesse al provvedimento* - GIANDOMENICO FALCON (2001)

30. *L'accesso amministrativo e la tutela della riservatezza* - ANNA SIMONATI (2002)

31. *La pianificazione urbanistica di attuazione: dal piano particolareggiato ai piani operativi* - (a cura di) DARIA DE PRETIS (2002)

32. *Storia, istituzione e diritto in Carlo Antonio de Martini (1726-1800). 2° Colloquio europeo Martini, Trento 18-19 ottobre 2000, Università degli Studi di Trento* - (a cura di) HEINZ BARTA, GÜNTHER PALLAVER, GIOVANNI ROSSI, GIAMPAOLO ZUCCHINI (2002)

33. *Giustino D'Orazio. Antologia di saggi. Contiene l'inedito "Poteri prorogati delle camere e stato di guerra"* - (a cura di) DAMIANO FLORENZANO e ROBERTO D'ORAZIO (2002)

34. *Il principio dell'apparenza giuridica* - ELEONORA RAJNERI (2002)

35. *La testimonianza de relato nel processo penale. Un'indagine comparata* - GABRIELLA DI PAOLO (2002)

36. *Funzione della pena e terzietà del giudice nel confronto fra teoria e prassi. Atti della Giornata di studio - Trento, 22 giugno 2000* - (a cura di) MAURIZIO MANZIN (2002)

37. *Ricordi Politici. Le «Proposizioni civili» di Cesare Speciano e il pensiero politico del XVI secolo* - PAOLO CARTA (2003)

38. *Giustizia civile e diritto di cronaca. Atti del seminario di studio tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, 7 marzo 2003* - (a cura di) GIOVANNI PASCUZZI (2003)

39. *La glossa ordinaria al Decreto di Graziano e la glossa di Accursio al Codice di Giustiniano: una ricerca sullo status giuridico degli eretici* - RUGGERO MACERATINI (2003)

40. *La disciplina amministrativa e penale degli interventi edilizi. Un bilancio della normativa trentina alla luce del nuovo testo unico sull'edilizia. Atti del Convegno tenuto nella Facoltà di*

Giurisprudenza di Trento l'8 maggio 2003 - (a cura di) DARIA DE PRETIS e ALESSANDRO MELCHIONDA (2003)

41. *The Protection of Fundamental Rights in Europe: Lessons from Canada* - CARLO CASONATO (ED.) (2004)

42. *Un diritto per la scuola. Atti del Convegno "Questioni giuridiche ed organizzative per la riforma della scuola". Giornata di Studio in onore di Umberto Pototschnig (Trento, 14 maggio 2003). In appendice: U. Pototschnig, SCRITTI VARI (1967-1991)* - (a cura di) DONATA BORGONOVO RE e FULVIO CORTESE (2004)

43. *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa. Germania - Austria - Italia* - CRISTINA FRAENKEL-HAEBERLE (2004)

44. *Il processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea. Saggi su valori e prescrittività dell'integrazione costituzionale sovranazionale* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI e FRANCESCO PALERMO (2004)

45. *Nuovi poteri del giudice amministrativo e rimedi alternativi al processo. L'esperienza francese* - ANNA SIMONATI (2004)

46. *Profitto illecito e risarcimento del danno* - PAOLO PARDOLESI (2005)

47. *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci* - (a cura di) ERMINIA CAMASSA e CARLO CASONATO (2005)

48. *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli* - MARINO MARINELLI (2005)

49. *Diritto di cronaca e tutela dell'onore. La riforma della disciplina sulla diffamazione a mezzo stampa. Atti del convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento il 18 marzo 2005* - (a cura di) ALESSANDRO MELCHIONDA e GIOVANNI PASCUZZI (2005)

50. *L'Italia al Palazzo di Vetro. Aspetti dell'azione diplomatica e della presenza italiana all'ONU* - (a cura di) STEFANO BALDI e GIUSEPPE NESI (2005)

51. *Appalti pubblici e servizi di interesse generale. Atti dei seminari tenuti presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento. Novembre - Dicembre 2004* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO e DARIA DE PRETIS (2005)

52. *Il termalismo terapeutico nell'Unione europea tra servizi sanitari nazionali e politiche del turismo* - ALCESTE SANTUARI (2006)

53. *La gestione delle farmacie comunali: modelli e problemi giuridici* - (a cura di) DARIA DE PRETIS (2006)

54. *Guida alla ricerca ed alla lettura delle decisioni delle corti statunitensi* - (a cura di) ROBERTO CASO (2006)

55. *Dialoghi sul danno alla persona. Saggi raccolti nell'ambito della seconda edizione dei "Dialoghi di diritto civile" tenutisi presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento (a.a. 2004-2005)* - (a cura di) UMBERTO IZZO (2006)

56. *Il diritto degli OGM tra possibilità e scelta. Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento. 26 novembre 2004* - (a cura di) CARLO CASONATO e MARCO BERTI (2006)

57. *Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato* - CARLO CASONATO (2006)

58. *La famiglia senza frontiere. Atti del convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento il 1° ottobre 2005* - (a cura di) GIOVANNI PASCUZZI (2006)

59. *Sicurezza informatica: regole e prassi. Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 6 maggio 2005* - (a cura di) ROBERTO CASO (2006)

60. *Attività alberghiera e di trasporto nel pacchetto turistico all inclusive: le forme di tutela del turista-consumatore. Atti del Convegno. Trento-Rovereto, 4-5 novembre 2005* - (a cura di) SILVIO BUSTI e ALCESTE SANTUARI (2006)

61. *La Società Cooperativa Europea. Quali prospettive per la cooperazione italiana?* Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Economia di Trento il 24 giugno 2005 - (a cura di) ANTONIO FICI e DANILO GALLETTI (2006)

62. *Le impugnazioni delle delibere del c.d.a. Premesse storico-comparatistiche* - SILVANA DALLA BONTÀ (2006)

63. *La traduzione del diritto comunitario ed europeo: riflessioni metodologiche.* Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, 10-11 marzo 2006 - (a cura di) ELENA IORIATTI FERRARI (2007)

64. *Globalizzazione, responsabilità sociale delle imprese e modelli partecipativi* - (a cura di) STEFANIA SCARPONI (2007)

65. *Il contratto di trasporto di persone marittimo e per acque interne* - ALCESTE SANTUARI (2007)

66. *Il Private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali.* Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, 15-16 giugno 2007 - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO e MICHELE CARPAGNANO (2007) (volume non destinato alla vendita)

67. *L'azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza* - GIAN ANTONIO BENACCHIO e MICHELE CARPAGNANO (2007) (volume non destinato alla vendita)